Firmenrechtliche Grundbegriffe

Inaugural-Dissertation

verfaßt und der

hohen juristischen Fakultät der Kgl. Eberhard-Karls-Universität Tübingen zur Erlangung der rechtswissenschaftlichen Doktorwürde

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

vorgelegt von

Alexander Marx
Rechtsanwalt aus Offenbach a. M.

Genehmigt auf Antrag des Referenten Herrn Professor Dr. von Heck.

1912.
München und Berlin.
J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier).

Referent: Professor Dr. von Heck.

Druck: Dr. F. P. Datterer & Cie. (Inh. Arthur Sellier) München und Freising.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Abkürzungen V
Literatur VIII

I. Kapitel. **Allgemeines über die Firma.**

§ 1. Begriff und Rechtsnatur 1
§ 2. Entstehung und Erlöschen des Rechts zur Firmenführung . 6
§ 3. Prinzip der Firmenwahrheit 10
§ 4. Prinzip der Öffentlichkeit der Firma 17
§ 5. Prinzip der Ausschließlichkeit der Firma 33
§ 6. Firmenzusätze im Sinne des § 18 Abs. 2 HGB. 48

II. Kapitel. **Allgemeines über das Handelsgeschäft.**

§ 7. Begriff und Rechtsnatur 65

III. Kapitel. **Die Firma und ihre Träger.**

§ 8. Das Subjekt des Firmenrechts 73
§ 9. Die Firma des Einzelkaufmanns 81
§ 10. Die Firma der offenen Handelsgesellschaft 87
§ 11. Die Firma der Kommanditgesellschaft 89
§ 12. Die Firma der Aktiengesellschaft und Aktienkommanditgesellschaft 90
§ 13. Die Firma der Gesellschaften mit beschränkter Haftung . 92
§ 14. Die Firma der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften 97
§ 15. Die Firma der Privatversicherungsvereine auf Gegenseitigkeit 101
§ 16. Die Firma der juristischen Personen und der gewerblichen Unternehmungen des Reiches, eines Bundesstaates oder eines Kommunalverbandes 104
§ 17. Die Firma der Zweigniederlassung im Sinne des § 13 HGB. 108
§ 18. Mehrheit der Firmenführung 117
§ 19. Die Firma im Grundbuchrecht 122
§ 20. Ausländische Firmen 130

Seite

IV. Kapitel. **Übertragung der Firma.**

§ 21. Übertragung des Firmenrechtes 136
§ 22. Tatsächliches Bestehen des Handelsgeschäfts 139
§ 23. Notwendigkeit der Übertragung des Geschäftsbetriebs . . 145
§ 24. Die ausdrückliche Zustimmung des Geschäftsveräußerers und seiner Erben 147
§ 25. Die Wirkungen des Firmenübergangs 151
§ 26. Übertragung der Firma einer Zweigniederlassung 157
§ 27. Übertragung des Firmenrechts durch Zwangsvollstreckung, Konkursverwalter, Liquidator 163
§ 28. Rechtsformen der Übertragung des Handelsgeschäfts . . 170
§ 29. Der Veräußerer des Handelsgeschäfts 174
§ 30. Der Erwerbsakt 180
§ 31. Der Erwerber des Handelsgeschäfts 186
§ 32. Umfang der Übertragung 190
§ 33. Fortführung des Geschäfts durch den Erwerber. Die Kontinuität des Geschäftsbetriebs 193
§ 34. Der Übergang des Handelsgeschäfts auf Grund Nießbrauchs, Pachtvertrags usw. 201
§ 35. Teilweiser Wechsel der Geschäftsinhaberschaft 211
§ 36. Der Etablissementsname 218

Abkürzungen.

Adler u. Clemens = Sammlung von Entscheidungen zum Handelsgesetzbuch.
AHGB. = Altes Handelsgesetzbuch: das bis 1. Januar 1900 geltende allgemeine Handelsgesetzbuch.
Ann. = Annalen des Reichsgerichtes.
Arch. = Archiv.
BadRpr. = Badische Rechtspraxis.
BankArch. = Bankarchiv, Zeitschrift für Bank- und Börsenwesen.
BauerZ. = Zeitschrift für Aktiengesellschaften und Handelsgesellschaften.
BayObLG. = Bayerisches Oberstes Landesgericht.
BayObLGZ. = Sammlung von Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichtes.
BayZfR. = Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern.
BGB. = Bürgerliches Gesetzbuch.
BoehmZ. = Zeitschrift für internationales Privatrecht und öffentliches Recht.
Bolze = Die Praxis des Gerichtes in Zivilsachen.
BuschsArch. = Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handels- und Wechselrechts.
BuschsZ. = Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß.
D. = Denkschrift zum Entwurf des Handelsgesetzbuches.
DJZ. = Deutsche Juristenzeitung.
ElsLothrZ. = Juristische Zeitschrift des Reichslandes Elsaß-Lothringen.
GenG. = Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften.
GewRsch. = Gewerblicher Rechtsschutz.
GewO. = Gewerbeordnung.
GmbH. = Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung.
Gruchot = Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.
HansGerZ. = Hanseatische Gerichtszeitung.
HessRspr. = Hessische Rechtsprechung.
HGB. = Handelsgesetzbuch.
HoldheimMSchr. = Monatsschrift für Handelsrecht.

IheringJ. = Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts.
Johow = Jahrbuch für die Entscheidungen des Kammergerichts.
JW. = Juristische Wochenschrift.
Kaufmann = Handelsrechtliche Rechtsprechung.
KG. = Kammergericht.
KGBl. = Blätter für die Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichtes.
KGJ. = Jahrbuch für die Entscheidungen des Kammergerichtes in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit.
KommE. = Der der Sachverständigenkommission vorgelegene Entwurf des Handelsgesetzbuches.
LZ. = Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht.
Lobe = Lobes Zentralblätter.
Mot. = Motive.
MustG. = Gesetz betreffend das Urheberrecht an Mustern und Modellen.
NeumannJDR. = Jahrbuch des Deutschen Reiches.
OLGR. = Rechtsprechung der Oberlandesgerichte.
Prot. = Protokolle.
Recht = Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand.
RJA. = Reichsjustizamt, Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechtes.
Rudorff = Systematische Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichtes in Zivilsachen.
SächsArch. = Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozeßrecht
SchulzJ. = Jahrbuch des Kaufmannsgerichtes in Berlin.
SeuffArch. = Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte.
SeuffBl. = Blätter für Rechtsanwendung.
UnlWG. = Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes.
Warneyer = Jahrbuch der Entscheidungen.
WZG. = Gesetz zum Schutze der Warenbezeichnungen.
ZBlFG. = Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariate sowie Zwangsversteigerung.
ZfAktWes. = Zeitschrift für das gesamte Aktienwesen.
ZgA. = Zeitschrift für das gesamte Aktienwesen.

Literatur.

Achilles-Strecker, Die Grundbuchordnung nebst den preußischen Ausführungsbestimmungen mit Kommentar und systematischer Übersicht über das materielle Grundbuchrecht.
Allfeld, Kommentar zum Handelsgesetzbuch.
v. Bar, Internationales Privatrecht.
Behrend, Lehrbuch des Handelsrechtes.
Biermann, Sachenrecht.
Binder, Die Rechtsstellung der Erben nach dem deutschen BGB.
Birkenbihl, Das Reichsgesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung.
Boehm, Das materielle und formelle Reichsgrundbuchrecht.
Bolte, Die Schuldenhaftung der Erben.
Cohn, Neuerungen des materiellen Firmenrechts.
— Die Wirkungen des materiellen Firmenrechtes nach dem künftigen Handelsgesetzbuch.
— Th., Das Handels- und Genossenschaftsregister.
Conradies, Firmenrecht und Etablissementname.
Cosack, Lehrbuch des Handelsrechtes.
Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens.
Denzler, Die Stellung der Filiale im internen und internationalen Privatrecht.
Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897.
Finger, Unlauterer Wettbewerb.
Förtsch, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung.
Fuchs, Grundbuchrecht.
Fürst, Die Fortführung der Firma bei Erwerb eines bestehenden Handelsgeschäfts.
Gareis, Das deutsche Handelsrecht.
Gareis und Fuchsberger, Das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch.
Gierke, Das Handelsrecht.
Goldmann, Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897.
Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechtes.
Hachenburg, Das bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich.
Hahn, Kommentar zum allgemeinen deutschen HGB.
Hellwig, Anspruch und Klagerecht.
Heymann, Die Zweigniederlassung im deutschen Handelsrecht.
Jacobi, Wertpapiere.
Jacusiel, Das Recht der Agenten und Mäkler.
Jäger, Die Konkursordnung.
Jastrow, Deutsch-preußisches Notariatsrecht.
Isaack, Der Schutz des Namens nach den Reichsgesetzen.
Kent, Warenzeichenrecht.
Keyßner, allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch.

Kohler, Markenrecht.
Kretzschmar, Einführung in das Grundbuchrecht.
Landmann, Gewerbeordnung.
Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechts.
— Recht der Aktiengesellschaften.
— K., Umwandlung handelsrechtlicher Unternehmungsformen.
Liebmann, Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung.
Lindemann, Gerichtliche Registerführung.
Löbe, Materialien zum UnlWG.
Löwenthal, Firmenrecht.
Makower, Kommentar zum Handelsgesetzbuch.
Mamelock, Die juristische Person im internationalen Privatrecht.
Meili, Das internationale Zivil- und Handelsrecht auf der Grundlage der Theorie, Gesetzgebung und Praxis.
Neumann, Handausgabe des bürgerlichen Gesetzbuches.
Oberneck, Grundbuchordnung.
Olshausen, Das Verhältnis des Namensrechts zum Firmenrecht.
Opet, Beiträge zum Firmenrecht.
Parisius-Crüger, Gesellschaften mit beschränkter Haftung.
Pinner, Kommentar zum UnlWG.
— Kommentar zum deutschen Aktienrecht.
Predari. Grundbuchordnung.
Presch, Der Schutz des Firmenrechtes.
Puchelt-Förtsch, Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch.
Ramdohr, Recht zum Gebrauch eines Namens.
Riesenfeld, Kaufmannseigenschaften und Eintragungspflicht der Kommunalverbände.
Ring, Das Reichsgesetz betreffend die Kommanditgesellschaften und die Aktiengesellschaften.
Ritter, Allgemeine Lehren des Handelsrechtes.
Schirrmeiter, Der Kaufmannsbegriff nach geltendem und künftigem Handelsrecht.
Schneider, Das Gesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit.
Schultze-Görlitz, Das Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit.
Seligsohn, Gesetz zum Schutz der Warenbezeichnungen.
Sohm, Der Gegenstand.
Staub, Kommentar zum allgemeinen Handelsgesetzbuch.
Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
Strauß, Nießbrauch an einem Vermögen.
Thoel, Das Handelsrecht.
Turnau-Förster, Das Liegenschaftsrecht nach den deutschen Reichsgesetzen und den preußischen Ausführungsbestimmungen.
Ullmann, Das gesetzliche eheliche Güterrecht in Deutschland.
Weißler, Kommentar zum FGG.
Woerner, Der Verein auf Gegenseitigkeit.
Zschimmer. Der Einfluß des gesetzlichen Güterstandes auf ein Handelsgewerbe der Ehefrau.

I. Kapitel.

Allgemeines über die Firma.

§ 1.

Die Firma: Begriff und rechtliche Natur.

Jedes Rechtssubjekt wird individualisiert durch seinen Namen. Wie der Mensch durch seinen bürgerlichen Namen, Vor- und Familiennamen, von seinen Mitmenschen unterschieden wird, wie er unter diesem Namen sich betätigt, seine Rechtsgeschäfte abschließt und seine Unterschrift abgibt, so unterscheidet und bezeichnet der Kaufmann sein Handelsgewerbe unter seinem Kaufmannsnamen, seiner Firma. Als Mensch im gewöhnlichen Leben unterzeichnet er mit seinem bürgerlichen Namen, als Kaufmann im Bereich seiner kaufmännischen Geschäfte mit seiner Firma. Der § 17 Abs. 1 HGB. gibt die Legaldefinition für den Begriff „Firma“:

„Die Firma des Kaufmanns ist der Name, unter dem er im Handel seine Geschäfte betreibt und die Unterschrift abgiebt“.

Die Firma ist also eine Art des Namens; sie ist der Handelsname des Kaufmanns (P. 34; D. 31) oder sie ist der kaufmännische Name. Die Firma ist aber nichts mehr als der Name, nichts anderes als eine rein äußerliche, tatsächliche Bezeichnung (Makower § 17). Die Firma besitzt deshalb auch keinerlei selbständige Rechtssubjektivität, obwohl man vielfach im gewöhnlichen Leben dazu neigt, die Firma zu personifizieren und ihr Persönlichkeitsrechte beizulegen. Das Reichsoberhandelsgericht hat in seiner Entscheidung in

Bd. 3 S. 441 diesen Grundsatz in folgende Worte gefaßt: „Die Firma statuiert und repräsentiert keinerlei Rechtssubjekt außer neben dem Kaufmann". Dasselbe sagt das Reichsgericht in Bd. 9 S. 105: „Eine Personifikation des Geschäfts selbst in der Art, daß dasselbe als ein von der Person des Inhabers ablösbares, besonderes Wesen erschiene, kennt das Recht nicht". Die Firma ist kein Sachname (ROHG. 2, 50); ebensowenig ist sie der Name des Geschäfts (RGSt. 33, 449). Sie ist lediglich der Name ihres notwendigen subjektiven Substrates, der Name ihres oder ihrer Inhaber, niemals aber der Name ihres objektiven Substrates, niemals der Name des Handelsgewerbes, für das sie angenommen ist (Goldmann § 17 Abs. 1). Es hat deshalb auch weder Firma noch Geschäft einen Wohnsitz (OLG. Stuttgart in Z. 27, 527). Einen solchen hat lediglich der Kaufmann, der sich der Firma bedient, der das Geschäft betreibt. Die Firma ist also eine Art Namen, in erster Linie nur Bezeichnungs- und Unterscheidungsmittel. Sie ist deshalb auch keine Sache, insbesondere keine bewegliche Sache im Sinne des § 90 BGB. Sie ist nicht etwa eine Pertinenz des Geschäfts, sie ist kein Wertobjekt, kein selbständiges Vermögensstück im engeren Sinne (RG. 1, 262; 9, 106; OLG. Köln in Busch 45, 356), wenn auch das Gesetz die Übertragung einer Firma durch Vertrag, insbesondere Kaufvertrag, unter besonderen Voraussetzungen gestattet. Da die Firma keine bewegliche Sache ist, ist sie nach den Bestimmungen des bürgerlichen Gesetzbuches nicht Gegenstand der Ersitzung (vgl. die Angaben bei Olshausen S. 54 und 55 über den Zustand unter der Herrschaft des gemeinen Rechts). Desgleichen ist die Firma aus demselben Grund nicht Gegenstand des Eigentums ihres Trägers oder seines Besitzes, sie ist vielmehr ein Teil der Persönlichkeit des Trägers selbst und auch aus diesem Grunde unersitzbar. (RG. 7, 283; 25, 6; RG. in ElsLothZ. 02, 425; RheinArch. 02, 77; ZBlFG. 3, 123; Löwenthal, Firmenrecht S. 23). Eine Ersitzung der Firma ist weiterhin noch ausgeschlossen, weil das Gesetz als Entstehungsgründe für

das Firmenrecht ausgesprochenermaßen außer dem Rechte des einzelnen Individiums, seinen Namen als Firma zu benutzen und eintragen zu lassen, den Erwerb einer Firma nur durch Vertrag oder durch Erbgang kennt (RG. 25, 5; HGB. § 22). Da mithin die Firma kein selbständiger Wertgegenstand ist und der Qualität eines selbständigen Vermögensrechtes ermangelt, so kann sie auch nicht Gegenstand der Zwangsvollstreckung sein. Die Firma kann nicht gepfändet werden und fällt nicht in die Konkursmasse (RG. 9, 106). Die Übertragung der Firma unterliegt deshalb nach RG. in JW. 94, 316 und 317 nicht der Anfechtung im Konkurse oder außerhalb des Konkurses, sie ist überhaupt der Paulianischen Anfechtung entzogen. (RG. in Gruchots Beitr. 38, 1184). Ja das Reichsgericht nimmt (a. a. O.) sogar an, daß auch die von einem Dritten durch Führung der Firma gezogenen Nutzungen nicht zurückzugewähren sind. Aus demselben Grunde ist im Konkurse des Firmeninhabers nur dieser und nicht etwa der Konkursverwalter zur Führung eines Prozesses über die Firma legitimiert (OLG. Colmar Z. 46, 467) und ebensowenig ist der Konkursverwalter berechtigt, die Firma zu veräußern (RG. 9, 106). Wenn oben ausgeführt wurde, daß die Firma an sich kein Wertobjekt, kein Vermögensgegenstand sei, so soll damit natürlich nicht gesagt sein, daß die Firma überhaupt kein Wert sei. Im Gegenteil; die Firma, das Recht zur Führung einer Firma bildet meist einen sehr wertvollen Bestandteil des Geschäftsvermögens des Kaufmanns, ist manchmal vielleicht sogar mehr wert als das ganze Handelsgeschäft. Die bei der Firma in Frage stehenden Interessen sind häufig von hervorragend wirtschaftlicher und damit vermögensrechtlicher Tragweite und darin liegt ein Hauptunterschied vom Namen, der mehr idealen Zwecken dient. Unter Berücksichtigung dieses Umstandes gestattet denn auch das Gesetz, wie bereits erwähnt, unter bestimmten Voraussetzungen die Übertragung der Firma, während der Name prinzipiell unübertragbar ist.

Was das Recht an der Firma angeht, so steht dem In-

haber der Firma daran ein subjektives, absolutes Privatrecht zu, wie die herrschende Meinung gegen Schmauser, Das Recht an der Handelsfirma, annimmt. Die firmenrechtlichen Vorschriften sind demgemäß keineswegs nur als öffentlich-rechtliche, rechtspolizeiliche Maßregeln aufzufassen. Im Interesse der Allgemeinheit und zur Verstärkung des privatrechtlichen Firmenschutzes treten neben diesen nur noch besondere, vom öffentlichen Recht getragene Vorschriften. Bestritten ist, welche Rechtsnatur dem Firmenrecht beizumessen und wie es in eine systematische Darstellung des Privatrechts einzureihen ist. Es stehen sich hauptsächlich zwei Meinungen gegenüber. Die eine, vertreten vor allem durch Gierke (Das deutsche Privatrecht S. 725) und Kohler (Das Individualrecht als Namensrecht im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 5 S. 77 ff.; Markenschutz S. 6 ff.; im Jurist. Literaturblatt Bd. 11 S. 61) bezeichnen das Firmenrecht als ein Persönlichkeitsrecht bzw. ein Individualrecht. Ein gemeinsames Merkmal beider soll es sein, daß es ihnen an einem Objekte des Rechts fehle, daß es sich hier um ein Recht an einem Teil der eigenen Persönlichkeit, der eigenen Individualität handle, das nur auf dem Dasein der Person also hier des Firmeninhabers beruhe. Deshalb soll das Objekt des Firmenrechts die eigene Person des Firmeninhabers sein. Bekämpft wird diese Ansicht in erster Linie von Jhering (Rechtsschutz gegen injuriöse Rechtsverletzung S. 310, 311 in den Jahrbüchern für Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts Bd. 23). Er vertritt den Standpunkt, dass Objekt des Firmenrechts nicht die Persönlichkeit des Firmeninhabers, sondern die Firma selbst sei; denn dadurch, daß jemand eine Firma annehme, entstehe ein bestimmtes, in der Außenwelt erkennbares Rechtsverhältnis, das durch das Recht geschützt werde. Das subjektive Recht, das so geschaffen werde, sei aber ein konkretes Recht wie alle anderen Rechte auch. Es muß anerkannt werden, daß die Verfechter der erstgenannten Lehre noch allzu befangen sind in der römisch-rechtlichen Lehre, wonach ein Recht nur an einer körperlichen Sache

möglich ist. Es ist tatsächlich nicht einzusehen, warum in unserem modernen Recht, das mit so vielen althergebrachten Begriffen gebrochen und in seiner, den modernen Verhältnissen angepaßten Entwicklung vielerlei neue Rechtsbegriffe geschaffen hat, nicht auch ein Recht an einer unkörperlichen Sache wie der Firma anerkannt werden sollte. Dem steht nicht entgegen, daß nach dem bürgerlichen Gesetzbuche ein Eigentum an einer Firma deshalb nicht denkbar ist, weil dieses ein Eigentum nur an körperlichen Gegenständen anerkennt. Es handelt sich eben hier genau so wie bei den Immaterialgüterrechten um neu geschaffene, moderne absolute Rechte und hinsichtlich ihrer Objekte „um einen neuen und eigenartigen Stoff menschlicher Herrschaft". Mit dieser Frage hat sich auch Olshausen in seiner mehrfach zitierten Abhandlung S. 105, 106 ausführlich auseinandergesetzt. Er kommt zu dem Schluß, daß die Bezeichnung des Namens- und Firmenrechts als eines Persönlichkeits- bzw. Individualrechts besser vermieden werde, schon um eine Verwechslung dieser Rechte mit solchen Rechtsgütern wie Leben, Gesundheit, Freiheit zu vermeiden, die vielfach auch als Persönlichkeitsrechte bezeichnet werden, als subjektive Privatrechte aber durchaus nicht allgemein anerkannt sind. Er schlägt deshalb vor, wenn man den Gegensatz zu den Vermögensrechten kennzeichnen wolle, das Namens- und Firmenrecht als „Personenrecht" zu bezeichnen, insofern unter letzteren die privatrechtlichen Beziehungen einer Person abgesehen vom Vermögen beanstandet werden. In einer systematischen Darstellung des Privatrechts sollen diese Rechte hinter dem Sachenrecht eingestellt werden als eine Gruppe von Rechten, denen gemeinsam ist, daß ihr Objekt durch unkörperliche Gegenstände gebildet wird.

Die herrschende Lehre hat die Theorie Gierkes und Kohlers akzeptiert, bezeichnet also das Firmenrecht als ein Persönlichkeits- bzw. Individualrecht. Aus der Stellung, die das bürgerliche Gesetzbuch dem Namensrecht im Allgemeinen Teil angewiesen hat, darf wohl gefolgert werden,

daß es diese Ansicht teilt (vgl. auch über diese Frage: Martin Isaack, Der Schutz des Namens nach den Reichsgesetzen § 2 und § 3).

§ 2.

Entstehung und Erlöschen des Rechts zur Firmenführung.

Nach früherem Handelsrecht genügte die Kaufmannseigenschaft, um ein Recht zur Firmenführung zu erwerben; vorherige Eintragung war nicht notwendig (RG. 14, 19). Dies gilt jetzt jedoch nur noch für den Vollkaufmann gemäß § 1 HGB. d. h. für denjenigen, der gewerbsmäßig Grundhandelsgeschäfte betreibt, für den Mußkaufmann. Die Firma eines solchen Kaufmannes entsteht mit dem Augenblick, in dem er die Firma annimmt, in dem er beginnt seinen oder einen Namen im Geschäftsverkehr zu gebrauchen, vorausgesetzt nur, daß der gebrauchte Name den sonstigen firmenrechtlichen Vorschriften entspricht. Dieser Name ist denn seine Firma, mag er ihn in das Handelsregister eintragen lassen oder nicht, ja mag er sich ausdrücklich weigern, ihn eintragen zu lassen. Die etwa nachfolgende Eintragung hat lediglich deklaratorische Bedeutung (vgl. ROHG. 3, 414; RG. 14, 19; KG. bei Johow 5, 24). Anders liegt die Sache bei den Kaufleuten gemäss § 2 und 3 Abs. 2 HGB., den Soll- und Kannkaufleuten. Deren Firma entsteht erst mit dem Zeitpunkte der Eintragung in das Handelsregister. Dasselbe gilt für Minder- und für Nichtkaufleute, falls diese überhaupt eingetragen werden. Die Firma einer Gesellschaft, wie z. B. einer Aktiengesellschaft, die überhaupt erst mit der Eintragung zur rechtlichen Existenz gelangt, entsteht ebenfalls erst mit der Eintragung. Für alle Kaufleute ist aber die Eintragung die Voraussetzung des Ausschließungsrechts aus § 30 HGB.

Fallen die Voraussetzungen, die das Gesetz für die Existenz einer Firma aufgestellt hat, fort, so erlischt die

Firma. Verliert insbesondere der Firmeninhaber die Kaufmannsqualität, so geht das Firmenrecht ebenfalls unter (RG. 27, 6). Die Firma erlischt insbesondere, wenn der Kaufmann den Betrieb seines Handelsgewerbes endgültig aufgibt oder auf die Firma verzichtet (ROHG. 10, 292; RG. 29, 69). Eine vorübergehende Einstellung genügt nicht, es muß eine dauernde, tatsächliche Aufgabe des Geschäftsbetriebes vorliegen, selbst wenn noch einige Rechtsverhältnisse aus dem Geschäftsbetriebe fortdauern (BayObLG. in OLGR. 6, 463). Ist eine Firma tatsächlich erloschen, so besteht sie vor dem Gesetz nicht mehr, wenn auch eine Löschung im Handelsregister nicht stattgefunden hat. Es kann dann ohne weiteres eine neue gleichlautende Firma eingetragen werden (RG. 29, 69). Wird die Firma eines Vollkaufmanns aus § 1 Abs. 2 im Handelsregister gelöscht, aber trotzdem der Gewerbebetrieb fortgesetzt oder nicht auf Handwerks- oder Kleinbetrieb beschränkt, so besteht trotz der Löschung die Firma fort (Makower § 17 II c; Düringer-Hachenburg § 17 III; Goldmann § 17 Anm. 1 II 2 a). Dies gilt selbst dann, wenn der Inhaber erklärt, die Firma sei erloschen (ROHG. 10, 292). Es liegt dann eben eine nicht eingetragene Firma vor (Makower a. a. O.). Der Eintrag der Löschung begründet lediglich eine Vermutung dafür, daß die Firma erloschen ist. Wird die Firma eines Kaufmanns aus § 2 und § 3 Abs. 2 HGB. zur Löschung gebracht, so erlischt die Firma mit dem Augenblick der Eintragung des Löschungsvermerkes (Düringer-Hachenburg a. a. O). Beginnt ein Kaufmann, der seinen Geschäftsbetrieb tatsächlich vollständig aufgegeben hatte, später ein neues Geschäft, so entsteht eine neue Firma. Tritt ein Geschäft in Liquidation, so ist damit gewöhnlich nicht die definitive Aufgabe des Handelsgewerbes verbunden, die Firma besteht deshalb fort (ROHG. 19, 163; 22, 318; RG. 25, 103; 28, 132; 29, 70; Bolze 3 Nr. 784; Bolze 2 Nr. 1123; Schmidt in ZgR. 4, 275; Kent, WZG. Nr. 538). Ebensowenig erlischt die Firma unbedingt durch Eröffnung des Konkurses (RG. 28, 132; Bolze 3 Nr. 784; OLG. Dresden in Ann.

d. SächsOLG. 20, 425). Häufig wird hier der Konkursverwalter das Geschäft fortführen, wobei er sich der seitherigen Firma bedienen muß (Jäger § 1 Anm. 6). Da durch den Konkurs die Geschäftsfähigkeit des Gemeinschuldners nicht aufgehoben, sondern nur hinsichtlich der Konkursmasse gemindert wird, kann dieser sein Handelsgeschäft, z. B. sein Agenturgeschäft weiterbetreiben. In diesem Falle erlischt die Firma nicht, sondern bleibt weiter bestehen. Er kann auch sofort ein neues Handelsgeschäft anfangen, kann bei Zustandekommen eines Zwangsvergleichs oder bei Einstellung des Verfahrens den Geschäftsbetrieb wieder aufnehmen. Dann gilt dasselbe (RG. 13, 152; ROHG. 19, 38; Jäger § 6 Anm. 26).

Handelt es sich um einen Mußkaufmann im Sinne des § 1 Abs. 2 Nr. 3, 5, 9 und sinkt dessen Betrieb zum Handwerk herab oder kann von einer Anstalt, einem Großbetrieb nicht mehr die Rede sein, so ist der Inhaber des Gewerbebetriebes nicht mehr berechtigt, eine Firma zu führen. Er muß seine Firma löschen lassen und kann vom Registerrichter eventuell durch Ordnungsstrafen dazu angehalten werden. Handelt es sich um Soll- oder Kannkaufleute, so hat dasselbe zu gelten, wenn das Handelsgewerbe auf das Niveau des Handwerks oder Kleingewerbes herabgesunken ist oder wenn eine derartige Verringerung des Geschäftsbetriebes eingetreten ist, daß Art und Umfang eine kaufmännische Einrichtung nicht mehr erfordern. Allerdings darf die Verringerung keine nur vorübergehende, sondern muß eine dauernde sein (Staub § 31 Anm. 3; KG. in OLGR. 3, 405). Häufig kommt dieser Fall bei Konkursen vor. Es erlischt hier das Recht zur Firmenführung; die Firma besteht aber allerdings weiter bis zur Löschung, wenigstens Dritten gegenüber (§ 5 HGB.). Läßt der Inhaber die Firma nicht löschen so führt er sie ungesetzlicher Weise und kann zur Löschung gezwungen werden. Durch den Tod des Geschäftsinhabers erlischt die Firma, falls nicht die Erben das Handelsgeschäft mit der Firma fortführen oder es auf einen anderen übertragen und der ausdrücklichen Einwilligung zur

Fortführung der Firma (§§ 22 Abs. 1, 27 HGB.). Bei dem Tode des Einzelkaufmannes wird meist ein Schwebezustand eintreten, bis die Erben sich erklären, ob sie das Geschäft fortsetzen oder nicht. Nach Ablauf von drei Monaten kann jedoch der Registerrichter die Erben zur Abgabe einer diesbezüglichen Erklärung auffordern. Erst dann entscheidet sich das Schicksal der Firma. Die Firma einer Handelsgesellschaft erlischt durch deren Auflösung d. h. mit Vollendung der Liquidation und infolge der Eröffnung des Konkurses über das Gesellschaftsvermögen (§§ 131, 292, 307 HGB., § 60 G. betr. GmbH.). Wird jedoch die Fortsetzung der Gesellschaft rechtsgültig beschlossen (§§ 144, 161, 307 HGB.; § 60 G. betr. GmbH.), so erlischt die Firma nicht.

Die Firma erlischt ferner, wenn der Geschäftsinhaber sein Handelsgeschäft gemäss § 22 HGB. auf einen anderen zu Eigentum überträgt, ohne in die Fortführung der Firma ausdrücklich zu willigen. Das Firmenrecht geht aber nicht unter, wenn das Geschäft nach einem anderen Orte verlegt wird. Die Firma muß dann wohl zu dem für das neue Domizil bestehenden Handelsregister angemeldet werden, sie braucht aber nicht den Vorschriften für die ursprünglichen Firmen zu entsprechen, wenn sie eine abgeleitete ist. Sie muß nur die Vorschrift des § 30 HGB. einhalten, d. h. muß sich deutlich von allen am gleichen Orte bestehenden Firmen unterscheiden. Ein Erlöschen der Firma wird auch durch andauernden Nichtgebrauch herbeigeführt, da dies ein Zeichen für Aufgabe des Geschäftes ist (RG. 22, 60; SeuffBl. 06, 299; Jahrbuch 5, 640, § 17, 4; vgl. auch Behrend S. 260 Anm. 43; RGSt. 23, 350). Es darf dies jedoch nur dann angenommen werden, wenn der Wille des Firmeninhabers, die Firma aufzugeben, klar erkennbar geworden ist. Ein bloß zeitweiliger Nichtgebrauch reicht nicht aus. Jede Handlung, welche als ein Gebrauchsakt der Firma sich kennzeichnet, ist geeignet, die Unterstellung des Aufgabewillens zu beseitigen (vgl. Goldmann § 31 IV 1 und RGSt. 23, 350).

§ 3.

Das Prinzip der Firmenwahrheit.

Das deutsche Handelsrecht hat von jeher das Prinzip der Firmenwahrheit aufgestellt d. h. das Erfordernis, daß die Firma sich mit dem bürgerlichen Namen des Firmeninhabers nach Möglichkeit decken solle. Dies Prinzip beruht auf dem öffentlichrechtlichen Gesichtspunkt, das Publikum vor Täuschungen zu bewahren. Die Firma ist der Handelsname des Kaufmanns, unter dem er im Handelsverkehr auftritt, unter dem er seine Rechtsgeschäfte abschließt, unter dem er seine Unterschrift abgibt. Der Vertragsgegner, insbesondere das kaufende Publikum hat das allergrößte Interesse daran, schon aus dem Inhalt der Firma die Person des Geschäftsinhabers kennen zu lernen, ohne erst das Handelsregister in Anspruch nehmen zu müssen. Die Person des Firmeninhabers, dessen persönliche Qualitäten meist den Ruf, den Kredit und die Zuverlässigkeit des Handelsgeschäfts begründen, ist es, die das Publikum kennen lernen will; denn nicht mit der Firma, sondern mit der Person, die hinter der Firma steht, will es in Geschäftsverbindung treten. Aus diesen Gründen ist im Handelsgesetzbuch bestimmt, daß der Einzelkaufmann in seine Firma seinen Familiennamen und mindestens einen ausgeschriebenen Vornamen aufnehmen muß. Er darf seine Fima nicht so formen, daß das Bestehen eines Gesellschaftsverhältnisses, daß angenommen werden kann, es hafteten verschiedene Gesellschafter für die Verbindlichkeiten des Geschäfts. Die neue offene Handelsgesellschaft muß in ihrer Firma den Familiennamen mindestens eines der Gesellschafter mit einem das Vorhandensein einer Gesellschaft andeutenden Zusatze oder die Namen der Gesellschafter führen. Für die Kommanditgesellschaft gilt ähnliches und die Aktiengesellschaften und Aktienkommanditgesellschaften müssen ihrer Firma, die für die Regel eine Sachfirma sein soll, stets die ausgeschriebene Bezeichnung „Aktiengesellschaft“ oder „Kommanditgesellschaft auf Aktien“ beisetzen. Ähnliche Vorschrif-

ten sind für die Gesellschaften mit beschränkter Haftung und die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften getroffen. Die ursprünglich geplante strenge Durchführung des Wahrheitsprinzips, so sehr sie theoretisch zu wünschen wäre, zeigt sich der Praxis gegenüber undurchführbar. Das Prinzip mußte Halt machen vor anderen schwerer wiegenden Interessen. Die Gründe, die zu dieser Durchbrechung des Prinzips drängten, finden sich bereits in den Motiven D. 17, 18 zu den Art. 26 und 27 des Entwurfs eines Handelsgesetzbuches für die preußischen Staaten: „Das Prinzip, daß die Firma ihren Träger so genau als möglich bezeichnen müsse, kann nicht als eine ausnahmslose Regel anerkannt werden; die Natur der Sache und das Interesse des Handelsstandes erfordern gleichmäßig, in gewissen Fällen von ihr abzuweichen. Die Erfahrung zeigt, daß der einer Handlung gewährte Kredit zum großen Teil an der Firma haftet und mit derselben auf den Geschäftsnachfolger übergeht, die Firma also gewissermaßen zu einem Sachnamen, zu dem Namen des Geschäfts geworden ist. Eine Änderung derselben hat häufig die erheblichsten Störungen der bestehenden Geschäftsverbindungen zur Folge, so daß die Fortführung eines Geschäfts durch die Erben oder andere Rechtsnachfolger des bisherigen Eigentümers ohne die Erlaubnis der Beibehaltung der alten Firma tatsächlich auf die größten Schwierigkeiten stoßen würde. Die Handelswelt hat daher, abgesehen davon, daß die Erhaltung alter berühmter Firmen für einen Ehrenpunkt gilt, auch ein vermögensrechtliches Interesse an der Fortführung bestehender Firmen."

Demgemäß hat denn auch schon das alte Handelsgesetzbuch weitgehende Ausnahmen von der Regel geschaffen, so insbesondere in seinen Art. 22, 24. Als an die Schaffung des neuen Handelsgesetzbuchs herangetreten wurde, hat der Gesetzgeber mit Rücksicht auf zahlreiche Klagen sich veranlaßt gesehen, in dem der Kommissionsberatung zugrunde gelegten Entwurf eine durchgreifende Reform in puncto Firmenwahrheit einzuführen und das Prinzip in der den realen Ver-

hältnissen angepaßten, möglichst reinen Form zu gestalten. So sollten insbesondere Ehefrauen und Minderjährige wenigstens einen ausgeschriebenen Vornamen in ihrer Firma führen müssen. Bei dem Erwerb eines Handelsgeschäfts mit Firma sollte deren Fortführung mehr als Anhang zu der Firma des neuen Erwerbers oder mit einem die Nachfolge kundgebenden Zusatze gestattet sein. Das neue strengere System sollte mit Einführung des neuen Handelsgesetzbuches gleichmäßig auf alle Firmen Anwendung finden, nicht nur auf die neugegründeten, sondern auch auf die bereits bestehenden. Und andere Bestimmungen mehr. Gegen diesen Entwurf richtete sich der einmütige Ansturm des Handelsstandes. Es wurde insbesondere bezüglich der Übertragbarkeit der Firma darauf hingewiesen, daß jede, auch die kleinste Veränderung einer Firma unter Umständen, besonders bei der Konkurrenz auf dem Weltmarkte, mit einer großen materiellen Schädigung für das betreffende Geschäft verbunden sein könne, die Rechtsverfolgung im Auslande erschwere usw. Es werde aber auch nicht einmal der gewünschte Erfolg erzielt, da, sobald einmal eine Firma das Nachfolgeverhältnis ersehen lasse, jeder weitere Wechsel in der Person des Inhabers nicht mehr erkennbar sei. Es sei doch die Firma und der Ruf der Firma ein sehr wertvoller Teil des Kapitals des Kaufmanns, ein Teil seines Kapitals, welches gefährdet werde, möglicherweise auch verloren gehen könne, wenn der Nachfolger, auch wenn er der Erbe sei, nicht mehr berechtigt sein solle, die Firma seines Vorgängers zu führen. Es habe deshalb der uralte Handelsgebrauch, welcher das Prinzip der abgeleiteten Firma aufrechterhalte, eine gute und gesunde Basis. Für die Aufrechterhaltung bestehender Firmen kämen aber nicht nur materielle, sondern auch ethische Gesichtspunkte in Betracht. Nach den Anschauungen des Handelsstandes sei die unveränderte Weiterführung der von dem Vorfahren überkommenen Firma die Ehre und der Stolz der Familie und bilde nicht nur ein wirtschaftliches Gut, sondern ein unschätzbares immaterielles Besitztum. Schon der weitere 1. Entwurf trug diesen Wün-

schen Rechnung. Es wurde die Übertragbarkeit der Firmen anerkannt und die Denkschrift hat auf S. 32 diesen veränderten Standpunkt wie folgt begründet: „Es entspreche einer von Alters her bestehenden, auf achtungswerten Beweggründen beruhenden Gewohnheit des deutschen Handelsstandes, die Firma eines seit längerer Zeit bestehenden Geschäfts nicht aufzugeben und es liege kein ausreichender Grund dafür vor, dieser Übung im Wege der Gesetzgebung entgegenzutreten. Mit der Firma verknüpften sich die geschäftlichen Beziehungen, sowie der Ruf des Hauses und nicht nur für die Erben eines Kaufmanns, sondern auch für die sonstigen Rechtsnachfolger im Geschäft sei es ein Ehrenpunkt, die alte Firma fortzuführen und ihr Ansehen aufrecht zu erhalten. Auch erhebliche materielle Interessen seien hiermit verbunden."

Und so wurden denn, obgleich bei den Reichstagsverhandlungen nochmals der energische Versuch von den Verfechtern des strengeren Prinzips gemacht wurde, den ursprünglichen Entwurf durchzubringen, die §§ 21, 22, 24 HGB. Gesetz, Bestimmungen, die allerdings das Prinzip der Firmenwahrheit derart durchlöchern, daß von ihr selbst wenig übriggeblieben ist. Infolge der Möglichkeit der Übertragung des Firmenrechts auf eine andere Person (§ 22 HGB.), der Konstituierung des Rechts, eine bestehende Firma trotz Namensänderung des Inhabers fortzuführen (§ 21 HGB.), und der Aufrechterhaltung des Rechts auf die Firma bei teilweisem Wechsel der Geschäftsinhaber (§ 24 HGB.) kann zurzeit bei keiner Firma mehr mit voller Sicherheit auf die hinter der Firma stehende Person des Geschäftsinhabers geschlossen werden. Der § 21 HGB. bedeutet allerdings nur ein äußerliches Verlassen des Prinzips der Firmenwahrheit, da ja dem Firmeninhaber sein alter Name erhalten bleibt, die §§ 22 und 24 HGB. bedeuten aber ein volles, auch innerliches Verlassen des Prinzips, da der Firmeninhaber einen ihm völlig fremden Namen führt (Lehmann-Ring § 21 Nr. 1). Es ist nicht zu leugnen, daß durch diese Bestimmungen eine gewisse Unsicherheit im Handelsverkehr herbeigeführt wird und

Täuschungsmöglichkeiten geschaffen werden. Anzuerkennen aber ist demgegenüber, daß „die Notwendigkeit der Erhaltung aller Firmen zum Schutze materieller und idealer Interessen der Vermeidung derartiger unangenehmer Folgeerscheinungen überzuordnen ist, zumal auch das Wettbewerbsgesetz und das Warenzeichengesetz in vielen Fällen die zur Abwendung derartiger Folgen ausreichenden Mittel gewähren."

Die Denkschrift S. 83 verkennt denn auch selbst nicht, daß die Grundsätze der §§ 21, 22, 24 HGB. zu Irrtümern über die Person des Geschäftsinhabers führen und Täuschungen Vorschub leisten können. Sie hat deshalb im Interesse der Sicherheit des Verkehrs die Aufnahme einer Vorschrift in das Einführungsgesetz (Art. 9 I) vorgeschlagen, wonach die Gewerbeordnung einen § 15a erhalten soll.

Dieser Vorschlag wurde Gesetz und damit ist eine gerade dem Prinzip der Firmenwahrheit wenigstens für offene Ladengeschäfte sehr dienliche Bestimmung geschaffen worden. Nach dieser Vorschrift haben alle Gewerbetreibenden — und und hier ist „alle" in weitestem Sinne zu nehmen —, die einen offenen Laden haben, oder eine Gast- oder Schankwirtschaft betreiben, an der Aussenseite oder am Eingange des Ladens oder der Wirtschaft in deutlich lesbarer Schrift ihren Familiennamen mit mindestens einem ausgeschriebenen Vornamen anzubringen. Ist der Gewerbetreibende ein Kaufmann, der eine Firma führt, so hat er zugleich die Firma in der bezeichneten Weise anzubringen; deckt sich die Firma mit Vor- und Nachnamen des Gewerbetreibenden, so genügt die Anbringung der Firma. Auf offene Handelsgesellschaften, Kommanditgesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien finden dieselben Vorschriften mit der Maßgabe Anwendung, daß für die Namen der persönlich haftenden Gesellschafter gilt, was in Betreff der Namen der Gewerbetreibenden angeordnet ist. Sind mehr als zwei Beteiligte vorhanden, deren Namen hiernach in der Aufschrift anzugeben wäre, so genügt es, wenn die Namen von zweien mit einem das Vorhandensein weiterer Beteiligter andeutenden

Zusatze aufgenommen werden. Die Polizeibehörde kann im einzelnen Falle die Angabe der Namen aller Beteiligten anordnen. Diese letztere Vorschrift ist nach der Denkschrift S. 34 gegeben, um zu verhüten, daß nur die Namen von Personen, die bloß zum Schein in das Geschäft aufgenommen sind, in der Aufschrift angegeben werden. Wird diese Pflicht verletzt, so tritt gemäß § 148 Nr. 14 GewO. eine Geldstrafe bis zu 150 M. und im Unvermögensfalle Haftstrafe bis zu 4 Wochen ein. Es ist nicht zu verkennen, daß eine strenge Durchführung dieser Vorschriften, die allerdings, wie man sich täglich überzeugen kann, in vielen Städten völlig zu vermissen ist, wenigstens den Zweck erreichen wird, alle die Leute zu schützen, die persönlich im Laden verkehren, aber niemanden, der schriftlich mit dem Kaufmann verkehrt. Man hat deshalb vorgeschlagen, daß derartige Gewerbetreibende auf den zur geschäftlichen Korrespondenz bestimmten Briefbogen, Kuverts und Fakturen das als Aufdruck führen müssen, was die Gesetzesvorschrift als Aufschrift an die Läden fordert. Es wurde dieser Anregung aber leider in der Beratung der Reichstagskommission keine weitere Folge gegeben. Das ist zu bedauern; denn es ist nicht zu bezweifeln, daß, falls eine derartige Vorschrift bestände, den sehr häufigen Täuschungen der Lieferanten solch offener Ladengeschäfte vorgebeugt würde, namentlich in Fällen, bei denen es sich um fraudulose Schiebungen zwischen Ehegatten handelt, die ja nach der Denkschrift S. 33 in erster Linie für den Erlaß der relevanten Vorschrift Anlaß gegeben haben.

Dem Prinzip der Firmenwahrheit dient auch indirekt die Vorschrift des § 23 HGB., wonach die Firma nicht ohne das Handelsgeschäft, für welches sie geführt wird, veräußert werden kann. „Der Handel mit bloßen Firmen ist also untersagt und „alle auf Umgehung dieses Verbots gerichteten Übereinkommen, wie sie insbesondere in Scheinveräußerung und Scheinerrichtung von Geschäften oder Hergabe von Namen für andere bestehen“ (Staub § 23 Anm. 1). So ist auch die Teilung einer Firma verboten (ROHG. § 4, 261;

RG. 56, 188), der Scheinerwerb einer Firma genügt nicht (vgl. Staub § 22 Anm. 3 und 6; RG. 9, 1). Eine durch vorgeschobene Namen erschlichene Firma ist nicht geschützt (ROHG. 4, 259; 10, 292; 11, 246; RG. 3, 120). Ein Firmenveräußerungsvertrag ist nichtig, wenn der Veräußerer selbst kein Handelsgeschäft betrieben hat, sich vielmehr unter Eintragung seines Namens als Firma die zum Betriebe eines Handelsgewerbes gerade notwendigen Gegenstände erworben hat zu dem einzigen Zweck, diesen seinen Namen als Firma auf einen anderen zu übertragen (Ob. Trib. in BuschArch. 20, 56 betr. die Firma Johann Maria Farina).

Schließlich sei noch einer Äußerung des Reichstagsabgeordneten Frese gelegentlich der ersten Beratung des Entwurfs zum neuen Handelsgesetzbuch gedacht, die einen de lege ferenda sehr beachtenswerten Hinweis enthält. Er machte nämlich (StenBer. S. 4570; Hahn S. 485) darauf aufmerksam, daß in Amerika, wenigstens in New-York eine gesetzliche Vorschrift bestehe, daß eine Firma erst auf einen anderen übertragen werden könne, wenn sie ein gewisses Alter, fünf oder zehn Jahre, erreicht habe. Bestände im derzeitigen Handelsgesetzbuch eine ähnliche Bestimmung wenigstens für den Übergang einer Firma durch Vertrag, so wäre zweifellos von vornherein einem großen Teil der im vorigen Absatz behandelten Schein- und Schwindelgeschäfte der Boden abgegraben. Denn in allen diesen Fällen wird es zu den Intentionen des Firmenerwerbs gehören, die gewünschte Firma sofort führen zu dürfen. Muß er auf den Erwerb erst mehrere Jahre warten oder sich die vorgeschobene Person als Gesellschafter längere Zeit gefallen lassen, wird er wohl meist auf das Geschäft verzichten. Ein durchaus gesunder Gedanke liegt der Vorschrift sicher zugrunde, wenn auch der Zeitraum, den eine Firma bestanden haben muß, um übertragen werden zu können, keinesfalls so weit gefaßt zu werden braucht, um seinen Zweck zu erfüllen.

§ 4.

Das Prinzip der Öffentlichkeit der Firma.

Das Handelsgesetzbuch legt in den §§ 29, 31 den Kaufleuten die Verpflichtung auf, die von ihnen geführte Firma, den Ort seiner Handelsniederlassung, Änderungen der Firma oder in derselben Firma, die Verlegung der Niederlassung an einen anderen Ort und das Erlöschen der Firma bei dem Gericht, in dessen Bezirk sich die Niederlassung befindet, zum Handelsregister anzumelden und seine Firma zur Aufbewahrung bei dem Gerichte zu zeichnen. In dieser Verpflichtung kommt das Prinzip der Öffentlichkeit oder der Registerpflicht der Firma zum Ausdruck. Der Zweck dieser Verpflichtung, deren Einhaltung durch den Registerrichter eventuell durch Strafen erzwungen werden kann, ist, der Allgemeinheit, besonders den beteiligten Verkehrskreisen gegenüber die Existenz der Firma, die Inhaber und die von diesen im Handelsverkehr als Namen benutzte Firmenzeichnung festzustellen, den Interessenten jederzeit erschöpfende Auskunft über diese Verhältnisse durch Einsichtnahme des geführten Registers zu gewähren und den anmeldenden Firmeninhabern gegenüber ein für allemal den Inhalt ihrer Erklärungen durch öffentliche Urkunden festzuhalten. Bei der Beratung des Handelsgesetzbuches hatte man den Versuch gemacht, die Berechtigung zum gewerbsmäßigen Handelsbetrieb überhaupt von der Registrierung abhängig zu machen, also nur registrierte Kaufleute anzuerkennen (ROHG. 3, 412 ff.). Dieser Versuch mißglückte. Nur teilweise haben jetzt die Eintragungen noch konstitutive, rechtserzeugende Wirkung (vgl. §§ 2, 3 Abs. 2, 5, 200 Abs. 1 HGB.). Ihre Hauptbedeutung ist die deklaratorische, die beurkundende (vgl. § 15 HGB.). Die Bedeutung der Anmeldung in diesen Richtungen liegt darin, daß der „Mußkaufmann“ nach § 1 HGB. erklärt, daß er gegenwärtig bereits Kaufmann sei und daß er ein Handelsgewerbe betreibe, nicht daß er ein solches in Zukunft betreiben wolle (RG. 22, 59), während der Soll- und Kannkaufmann im Sinne

der §§ 2 Abs. 2 und § 3 Abs. 2 HGB. erklärt, daß er ein Gewerbe betreibe, welches nach Art und Umfang einen kaufmännischen Betrieb erfordere und daß er deshalb von der Eintragung ab als Kaufmann gelten wolle. Die Soll- und Kannkaufleute, sowie in gewissem Sinne auch die sogenannten fingierten Kaufleute, die Aktiengesellschaften und sonstige Kapitalgesellschaften erwerben erst mit der Registrierung die Kaufmannsqualität, bei ihnen wirkt die Eintragung also zum Teil konstitutiv, während der Vollkaufmann aus § 1 HGB. Kaufmann ist und bleibt, auch ohne Eintragung. Für seine Kaufmannsqualität hat also das Unterbleiben der Eintragung keine Wirkungen, wohl aber sind durch andere gesetzliche Bestimmungen erhebliche Nachteile an die Nichtregistrierung geknüpft. So besitzt nur der eingetragene Kaufmann das Recht der Ausschließlichkeit der Firma aus § 30 HGB., nur er kann zum Handelsrichter gewählt werden (§ 113 GVG.), nur er hat das im § 104 GVG. näher bezeichnete prozessuale Recht. — An sich allerdings ist das Firmenrecht in seiner Entstehung und Wirkung durch die Eintragung im Handelsregister nicht bedingt und führt deshalb z. B. die Tatsache der Löschung für sich den Untergang des Rechts selbst nicht herbei; es ist immer noch zu untersuchen, ob nach den von dem Betreffenden vorgenommenen Handlungen ein Verzicht auf sein Firmenrecht angenommen werden kann oder ob er den bisherigen unter einer gewissen Firma geführten Geschäftsbetrieb eingestellt und damit die mit jenem Geschäftsbetriebe verbundene Firma tatsächlich aufgegeben hat. Aus der bloßen, beim Handelsgericht abgegebenen Erklärung, daß die bisherige Firma erloschen sei, kann ein Dritter Rechte für sich nicht herleiten, da diese Erklärung weder ihm gegenüber noch mit der Absicht erfolgt ist, ihm Rechte zu gewähren (ROHG. 10, 292).

Aus diesen Gründen ist der Registerrichter auch befugt, insoweit die Eintragung konstitutive Wirkung bekommt, die Wahrheit der von dem Anmeldenden angegebenen Tatsachen nachzuprüfen, während bei nur deklaratorischer Wirkung die

Anmeldung nur dann zu beanstanden wäre, wenn sich für den Registerrichter erhebliche Bedenken gegen die Richtigkeit der angemeldeten Tatsache ergeben (KG. bei Johow 30 A, 109). Die durch den Registerrichter im Handelsregister vollzogenen Eintragungen sind öffentliche Urkunden über die von den Anmeldenden abgegebenen Erklärungen, nicht aber die Tatsachen, welche den Gegenstand der Erklärung bilden (RGSt. 18, 179); sie erzeugen allerdings die Vermutung der Gesetzmäßigkeit des Registereintrags vorbehaltlich der Führung des Gegenbeweises (RG. 41, 19).

In §§ 29, 31 Abs. 1 HGB. ist zunächst nur die Registerpflicht der Einzelkaufleute, insoweit sie physische Personen sind, geregelt; für die Handelsgesellschaften sind Sondervorschriften in den §§ 106, 107, 108 HGB. bezüglich der offenen Handelsgesellschaften, in § 162 HGB. bezüglich der Kommanditgesellschaften, in § 195 HGB. bezüglich der Aktiengesellschaften, in § 320 bzw. § 323 HGB. bezüglich der Aktienkommanditgesellschaften gegeben. In dem Gesetz vom 20. April 1892 finden sich in den §§ 7, 8 ff. die für die Gesellschaften mit beschränkter Haftung und in dem Gesetz vom 12. Mai 1901 in §§ 30, 31 die für die Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit einschlägigen Bestimmungen. Die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften sind in das Genossenschaftsregister, das von dem zur Führung des Handelsregisters zuständigen Amtsgericht geführt wird, gemäß den §§ 10, 11, 14 des Gesetzes einzutragen. — Die allgemeinen gesetzlichen Vorschriften über die Führung des Handelsregisters, die Prüfungspflicht des Registerrichters, die bei der Anmeldung zu beobachtenden Formen, die Wirkungen und Bedeutung der Einträge bzw. der Unterlassung derselben, finden sich in den §§ 8 bis 16 HGB. und in dem Gesetz betreffend die freiwillige Gerichtsbarkeit. Auf sie soll hier nicht näher eingegangen werden.

Jeder Kaufmann ist also verpflichtet, anzumelden: 1. seine Firma, 2. den Ort seiner Handelsniederlassung, 3. die Änderung seiner Firma oder ihrer Inhaber, 4. die Verlegung der

Niederlassung an einen anderen Ort, 5. das Erlöschen der Firma, 6. hat er seine Firma zu zeichnen.

Generell sei zunächst auf das verwiesen, was an anderer Stelle über die Firma, den Begriff und die rechtliche Natur derselben, das Entstehen und Erlöschen des Firmenrechts und über die Bildung der Firmen der Kaufleute und Handelsgesellschaften ausführlich gesagt worden ist. Speziell sei zu den einzelnen Punkten noch das Folgende bemerkt:

1. Firma

(vgl. noch Cohn, Blok 2. Aufl. § 6; Lindemann, Gerichtliche Registerführung S. 48 ff.).

Wenn es im § 29 HGB. heißt, daß „jeder" Kaufmann seine Firma anzumelden habe, so ist das zu weit gefaßt. Die Registerpflicht bezieht sich nur auf den Vollkaufmann; der Minderkaufmann hat gemäß § 4 HGB. kein Firmenrecht. Wohl bezieht sich aber die Bestimmung auf den Kaufmann aus § 2 Abs. 2 HGB., den sogenannten Sollkaufmann, der erst mit der Eintragung Kaufmann wird, während der Inhaber eines land- oder forstwirtschaftlichen Betriebes hinsichtlich gewisser Unternehmungen (vgl. § 3 Abs. 2 HGB.) zur Anmeldung wohl berechtigt, aber nicht verpflichtet ist. Der § 29 HGB. bezieht sich auf ursprüngliche, der § 31 HGB. auf abgeleitete Firmen und zwar haben beide Bestimmungen stets nur die Firma des Einzelkaufmanns im Auge. Die mit § 29 HGB. korrespondierenden, auf die Handelsgesellschaften bezüglichen Bestimmungen sind bereits oben angegeben. Die neben § 31 HGB. herlaufenden diesbezüglichen Bestimmungen für die Handelsgesellschaften finden sich in den §§ 107, 161 Abs. 2, 277, 320 Abs. 3, 325 Ziff. 1 HGB. Insoweit in § 31 HGB. eine Verpflichtung zur Anmeldung des Erlöschens einer Firma statuiert ist, muß mit Rücksicht auf die allgemeine Fassung der Bestimmungen angenommen werden, daß sie sich auch auf die Handelsgesellschaften beziehen, bezüglich deren Firmenlöschung das Handelsgesetzbuch in §§ 157 Abs. 1, 161 Abs. 2, 302 Abs. 1 allerdings noch besondere Bestimmungen enthält (vgl. Goldmann § 31 Anm. 2 I, 1).

2. Ort der Handelsniederlassung.

Unter dem Ort der Handelsniederlassung ist der Ort der Hauptniederlassung zu verstehen. In ROHG. 16, 52 ist darüber gesagt, daß nicht da, wo die zum Handel bestimmten Waren vom Verkäufer hergestellt werden der Ort der Handelsniederlassung sei, sondern allein nach dem Ort hat man sich zu richten, wo der merkantile Geschäftsbetrieb stattfindet, von wo aus die kaufmännische Leitung des Ganzen ihren Ausgang nimmt (vgl. Anschütz und v. Völderndorff 1, 165; Allfeld S. 135; Behrend § 38 S. 220; Staub § 29 Anm. 2 und die anderen Kommentatoren a. a. O.; vgl. auch Entscheidungen des Landgerichts Berlin KGBl. 96, 81: dort wo der Schwerpunkt der geschäftlichen Tätigkeit des Kaufmanns sich befindet). Unter dem Ort ist hier der geographisch abgegrenzte Bezirk, dessen Name in weiten Handelskreisen gebräuchlich ist (vgl. darüber Näheres unter: Das Prinzip der Ausschließlichkeit der Firma). Häufig wird der Wohnsitz des Kaufmanns mit dem Orte seiner Handelsniederlassung zusammenfallen, häufig aber auch nicht. Letzterenfalls hat der Kaufmann nur den Ort seiner Handelsniederlassung, nicht auch seinen Wohnsitz anzumelden. Denkbar ist aber auch der Fall, daß der Kaufmann einen festen Ort seiner Handelsniederlassung überhaupt nicht besitzt, daß er z. B. seinen Gewerbebetrieb im Umherziehen betreibt. Dann hat er seinen Wohnsitz zum Handelsregister anzumelden (Staub § 29 Anm. 2; Hahn § 3 zu Art. 19; Puchelt Anm. 4 zu § 19). Während die juristischen Personen (§ 33 Abs. 3 HGB.), die Aktiengesellschaften (§ 182 Abs. 2 HGB.), die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (§ 3 Nr. 2 G. betr. GmbH.), die Genossenschaften (§ 6 Nr. 2 GenG.) und die Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit (§§ 18, 30 PrivVersG.), auch den Gegenstand ihres Unternehmens anzumelden verpflichtet sind, ist dies für die Einzelkaufleute und auch die offenen Handelsgesellschaften und Kommanditgesellschaften nicht nur nicht vorgeschrieben, sondern vom Gesetz nicht

gewollt. Ebensowenig besteht eine Verpflichtung, das Geschäftslokal durch Angabe der Straße und Hausnummer näher zu bezeichnen oder die Wohnung des Firmeninhabers anzugeben; denn der § 29 HGB. beschränkt die Verpflichtung lediglich auf Angaben des Orts der Handelsniederlassung. Die Denkschrift S. 39 (Hahn S. 221) führt hierzu allerdings folgendes aus: „Von mancher Seite ist auch die Eintragung der Lage der Geschäftsräumlichkeiten innerhalb des Ortes der Niederlassung (Straße, Hausnummer) sowie des Geschäftszweiges, dem der Gewerbebetrieb des Anmeldenden angehört, befürwortet worden. Der Entwurf sieht hiervon ab, weil sonst auch jede in dieser Beziehung eingetretene Änderung eingetragen werden müßte. Hierdurch wird aber nicht ausgeschlossen, daß zu Zwecken besserer Unterscheidung die Angabe der Lage der Geschäftsräume und des Geschäftszweiges bei der Anmeldung verlangt und dessen Angabe in die Bekanntmachung der Eintragung vorgenommen wird. Es kann den Ausführungsverordnungen über die Führung der Handelsregister überlassen bleiben, die Gerichte, soweit nötig, mit einer entsprechenden Anweisung zu versehen.“ Insoweit die Denkschrift damit dem Registerrichter ein Recht zugestehen will, derartige Angaben, die über den Ort der Handelsniederlassung hinausgehen, zu verlangen bzw. gar die Eintragung der Firma davon abhängig zu machen, kann dies als richtig nicht anerkannt werden. Es steht dem Eintrag und der Publikation solcher näherer Angaben natürlich nichts im Wege, wenn der Anmelder sie bei der Anmeldung freiwillig angibt und ihre Eintragung beantragt. Düringer-Hachenburg § 29 III und Lehmann-Ring § 29 Nr. 2 halten hingegen die Eintragung und Publikation solcher Daten für direkt unzulässig (ebenso Birkenbiehl im ArchBürgR. 6, 235). Diese Ansicht dürfte aber zu weitgehend sein. Es ist nicht einzusehen, warum derartige Daten, wenn ihre Eintragung und Veröffentlichung aus verständlichen Gründen beantragt wird, nicht berücksichtigt werden sollten, dienen sie doch namentlich in großen Städten mit vielen häufig gleich-

klingenden Firmen der besseren Unterscheidbarkeit und damit den im Gegensatz begründeten Prinzipien. Ein Zwang in dieser Richtung darf aber, weil mit dem klaren Wortlaut des Gesetzes in Widerspruch stehend, nicht ausgeübt werden (vgl. Staub § 39 Anm. 4; Goldmann § 29 II a. a. O.; Lehmann-Ring § 39 Nr. 2; Birkenbiehl a. a. O.; RG. 20, 74).

3. Änderung der Firma oder ihrer Inhaber.

Jeder Firmeninhaber ist berechtigt, seine Firma zu ändern, insoweit er sich dabei innerhalb der Grenzen der Firmenwahrheit hält und die Vorschriften über die Ausschließlichkeit der Firma in § 30 HGB. nicht hindernd im Wege stehen. Er muß diese Änderung jedoch zur Anmeldung bringen, auch wenn die geänderte Tatsache wie z. B. seine frühere Firma überhaupt nicht eingetragen war (vgl. Lehmann-Ring § 31 Nr. 2a; Makower § 31 I; ROHG. 22, 227; Staub in Z. 42, 1).

In dem Eintritt der Liquidation oder der Auflösung einer Gesellschaft ist eine Änderung derselben nicht zu finden (vgl. Goldmann § 31, III, 1; Makower § 31, I; RG. 15, 105; 29, 68; KG. Johow 14, 245), also eine Eintragung aus § 31 HGB. nicht notwendig. Das Handelsgesetzbuch enthält jedoch in den §§ 148, 153, 296, 298 besondere Vorschriften, wonach nicht eine Firmenänderung eingetragen wird, sondern die Auflösung und die Namen der Liquidatoren eingetragen werden und vorgeschrieben wird, daß die Liquidatoren in ihren Unterschriften die Firma nur als Liquidationsfirma bezeichnen dürfen, also angeben müssen, daß die Firma in Liquidation ist. Eine Änderung in der Person der Firmeninhaber kann eintreten, wenn das Handelsgeschäft mit der Firma unter Lebenden oder von Todes wegen gemäß §§ 22, 27 HGB. übertragen wird oder ein teilweiser Wechsel in der Geschäftsinhaberschaft gemäß § 24 HGB. eintritt und das Geschäft unter derselben Firma weitergeführt wird. Wird in diesen Fällen eine ganz neue Firma angenommen, so ist natürlich auch diese Änderung gemäß dem oben Gesagten anzumelden (vgl. hierüber das Nähere in den Abhandlungen

über Eintragung des Firmenrechts und teilweisen Wechsel des Geschäftsinhabers).

Die Vorschrift des § 31 HGB. ist anzuwenden und eine Änderung, wenn auch nur eine vorübergehende, in der Person des Geschäftsinhabers anzunehmen, falls ein Handelsgeschäft mit der Befugnis, die Firma zu führen, verpachtet und durch die Verpachtung der Gebrauch der Firma dem Pächter auf gewisse Zeit überlassen wird, also bewirkt werden soll, daß die namens der Firma geschlossenen Geschäfte auf Rechnung des Pächters gehen, d. h. dieser für die Dauer der Pachtzeit Inhaber der Firma werde (ROHG. 21, 305; Fuchsberger S. 77).

4. Verlegung der Niederlassung.

Die Verlegung einer Handelsniederlassung nach einem anderen Ort hat nach Ansicht aller Kommentatoren kein Erlöschen der Firma zur Folge. Auch das Reichsgericht teilt diesen Standpunkt in Bd. 20 S. 171 und dieser Grundsatz ist jetzt durch § 31 HGB. ausdrücklich anerkannt. Deshalb ist auch das Recht des Firmeninhabers, seine seitherige Firma an dem neuen Handelsniederlassungsorte zu führen nicht den Beschränkungen des § 18 Abs. 1 HGB. unterworfen, wenn sie früher von denselben befreit war. Eine Verpflichtung zur Firmenänderung könnte sich höchstens aus der Vorschrift des § 30 HGB. über die Ausschließlichkeit der Firma ergeben. Wird die Handelsniederlassung an einen anderen Ort außerhalb des Sprengels des seither zuständigen Registerrichters verlegt, so hat die Anmeldung sowohl zum seitherigen wie zum zukünftigen Handelsregister stattzufinden. Erfolgt die Verlegung nur in ein anderes Geschäftslokal am selben Ort oder ein Wechsel in der Geschäftsbranche, so besteht nach dem oben zu 2 Ausgeführten eine Anmeldungspflicht nicht.

Ebensowenig ist eine Anmeldung notwendig, wenn die Handelsniederlassung innerhalb desselben Ortes im Sinne des zu § 30 HGB. (vgl. Prinzip der Ausschließlichkeit der

Firma) Ausgeführten in eine andere Gemeinde verlegt wird, z. B. von Charlottenburg oder Schöneberg nach der Gemeinde Berlin oder umgekehrt (vgl. Makower § 31, II).

5. Erlöschen der Firma.

Über Erlöschen der Firma und des Firmenrechts vgl. das in der diesbezüglichen Abhandlung oben Ausgeführte.

Besonderes ist hier bezüglich der Firmen der juristischen Personen zu bemerken. Der § 33 HGB. unterwirft auch diese, insofern sie ein Handelsgewerbe im Sinne des § 1 Abs. 2, § 2 HGB. betreiben, der Registerpflicht. Ausnahmen davon statuiert der § 36 HGB. für die Firmen von Unternehmungen des Reichs, von Bundesstaaten oder eines inländischen Kommunalverbandes. Diese Firmen brauchen nicht in das Handelsregister eingetragen zu werden, für sie gilt also das Prinzip der Öffentlichkeit der Firma nicht. Der Gesetzgeber ist wohl dabei davon ausgegangen, daß er eine Besorgnis, aus der Nichtpublizität dieser Firmen könnten sich Nachteile für die Verkehrssicherheit ergeben, mit Rücksicht auf den öffentlichrechtlichen Charakter dieser Korporationen für nicht gegeben erachtet. Weitere Ausnahmen machen die Reichsbank gemäß Bankgesetz vom 14. März 1875 und der Postfiskus, der gemäß § 452 HGB. nicht als Kaufmann gilt und deshalb nicht eingetragen werden kann, selbst nicht gemäß § 2 HGB.

Streit besteht nun darüber, ob juristische Personen, die durch § 36 HGB. von der Eintragungspflicht befreit sind, wenn sie einmal unter Verzicht auf dieses Vorrecht ihre Firmen haben rechtmäßig eintragen lassen, auch verpflichtet sind, jede Änderung der Firma, insbesondere das Erlöschen wie jeder andere eingetragene Kaufmann anzumelden, ob sie also insbesondere das Recht haben, sich wieder willkürlich löschen zu lassen und sich damit der Anwendung des Handelsrechts wieder zu entziehen.

Staub § 36 Anm. 3, Lehmann-Ring § 36 Nr. 1 und ins-

besondere Riesenfeld, Kaufmannseigenschaft und Eintragungspflicht der Kommunalverbände in PrVerwBl. 98, 108 vertreten den Standpunkt, daß die Vorschrift des § 36 HGB. als Ausnahmevorschrift streng auszulegen sei und nur habe den Anmeldungszwang beseitigen wollen, daß also die Löschung der Firma einer solchen juristischen Person, die einmal eingetragen sei, nicht willkürlich, sondern nur nach den in § 3 Abs. 2 HGB. aufgestellten Grundsätzen stattfinden könne. Diese Ansicht ist auch überwiegend in der Judikatur vertreten (OLG. Jena in ThürBl. 47, 237; KGJ. 20 D. 18; OLGR. 1, 172; Recht 00, 420 und 330; ZBlFG. 1, 133; KG. in DJZ. 05, 172; ZBlFG. 5, 635; OLGR. 10, 234; Recht 05, 257; KGJ. 28 A 213).

Düringer-Hachenburg (§ 36, I und in Holdheim 9, 81: Registerpflicht der in § 16 HGB. bezeichneten juristischen Personen Goldmann (§ 36 Anm. 1 II 1 S. 170) sowie Opet (in Z. 49, 54) vertreten die entgegengesetzte Meinung; ebenso wie die Eintragung hänge auch die Löschung von dem freien Belieben ab. Bei Privatpersonen müsse ein Schutz gegen Mißbrauch geschaffen werden, der bei öffentlichrechtlichen Personen entbehrt werden könne. Es gehe dies auch daraus hervor, daß bei § 36 HGB. ein diese Willkür ausschließender Zusatz wie in § 3 Abs. 2 HGB. fehle. Riesenfeld (a. a. O. S. 109) weist demgegenüber darauf hin, daß dieser Zusatz dort nicht deshalb hinzugefügt sei, um etwas anderes zu sagen als hier, sondern lediglich um jeden Zweifel auszuschließen, daß jene Willkür nicht beabsichtigt sei (vgl. D. 15, 16; Hahn 200).

Eine ähnliche Kontroverse besteht darüber, ob diese juristischen Personen verpflichtet sind, die Erteilung einer Prokura zum Register anzumelden. Goldmann § 36 Anm. 1 II, 2 hält diese Verpflichtung für gegeben, während er, wie oben ausgeführt, die Verpflichtung zur Anmeldung eines Erlöschens verneint. In solchen Fällen müsse zu gleicher Zeit die Firma, der Sitz und der Gegenstand des Unternehmens angemeldet werden. Dies hebe auch die Denk-

schrift S. 42 hervor. Es ergäbe sich dies auch aus § 53 Abs. 1 HGB., wonach die Erteilung der Prokura von dem Geschäftsinhaber anzumelden sei.

Mit Recht tritt Staub § 36 Anm. 2 dieser Auffassung entgegen. Wenn diese juristischen Personen von der Eintragungspflicht überhaupt befreit seien, so seien sie, solange sie von dieser Befugnis Gebrauch machten, auch von der Eintragung sonstiger eintragungspflichtiger Tatsachen befreit. In solchen Fällen griffen die allgemeinen Grundsätze des bürgerlichen Gesetzbuches über Vollmachten Platz (ebenso Denzler S. 143). Bestehe bezüglich der willkürlichen Löschung der Firmen dieser juristischen Personen und der damit begründeten Entziehung aus dem Handelsrecht keine Besorgnis bei diesen Personen, daß mit dieser Befreiung Mißbrauch getrieben werde, so könne man dies auch nicht für die Prokura annehmen; denn auch die Eintragung des Prokuristen sei wesentlich aus öffentlich rechtlichen Gründen im Interesse des Publikums vorgeschrieben. Es muß anerkannt werden, daß namentlich der letztangeführte Grund überzeugend wirkt und daß Goldmann mit seiner Deduktion eigentlich seiner Begründung für die Bestreitung einer Verpflichtung zur Anmeldung des Erlöschens der Firma dieser juristischen Personen den Boden entzieht. Die Ansicht Staubs und seiner Anhänger muß also in beiden Richtungen als zutreffend angesehen werden. Die juristischen Personen haben ja jederzeit das Recht, sich den Konsequenzen der Anmeldung ihrer Firma zu entziehen, indem sie sich nicht anmelden. In der Anmeldung ist aber die Unterwerfung unter die Bestimmungen des Handelsrechts zu erblicken, die gerade im Interesse der Öffentlichkeit nicht jederzeit geändert werden darf.

6. Zeichnung der Firma.

Der seine Firma anmeldende Kaufmann ist weiter verpflichtet, seine Firma zu zeichnen. Damit soll ein Vergleichsobjekt geschaffen werden, das jeder Interessent im Bedarfsfalle jederzeit heranzuziehen in der Lage ist. Von der Ver-

pflichtung, seinen bürgerlichen Namen zu zeichnen, die im alten Handelsgesetzbuch noch bestand, hat man im neuen abgesehen, da die Firma des Einzelkaufmanns seine Namensunterschrift ersetzt (vgl. D. S. 39; Hahn S. 221). Über die Zeichnung der juristischen Personen und der Handelsgesellschaften enthalten die §§ 35, 108 Abs. 2, 148 Abs. 3, 161 Abs. 2, 195 Abs. 4 HGB. besondere Vorschriften. Bei ihnen ist von den zur Zeichnung berufenen Personen die Firma nebst der Namensunterschrift zu zeichnen. Dasselbe gilt gemäß § 53 HGB. für den Prokuristen. Sehr weit geht Michels in DJZ. 03, 141 der den Satz aufstellt, daß die abzugebende Unterschrift leserlich sein müsse. Das Gesetz wolle mit der Zeichnung der Firma die Niederlegung der Züge erreichen, deren sich der Zeichnende bei der Niederschrift der Firma oder des Namens bedienen wolle. Es wolle aber nicht an Stelle von lesbaren Schriftzügen sonstige Zeichnungen als Unterschrift gelten lassen, im Gegenteil würden Handzeichen Schreibensunkundiger allgemein als zur Zeichnung einer Firma nicht ausreichend erklärt. Die Lesbarkeit der Unterschrift sei Rechtspflicht und deshalb erfülle eine unleserliche Unterschrift die erforderte Schriftform nicht, wo gesetzlich die Unterschrift erfordert werde oder gerichtliche oder notarielle Abgabe der Zeichnung vorgeschrieben sei. So sehr anerkannt werden mag, daß auch im Kaufmannsstand viel Unfug mit Abgabe unleserlicher Unterschriften getrieben wird, was bei wichtigen Urkunden, wie Wechseln, häufig so weit geht, daß selbst beim besten Willen keine noch so entfernte Ähnlichkeit mit der Firma oder dem Namen des Zeichnenden gefunden werden kann, so ist doch festzustellen, daß die Ansicht Michels den Anschauungen des Rechtslebens und des Verkehrs und auch der herrschenden Doktrin widerspricht (vgl. Staub, WO. zu Art. 94; Dernburg, Preuß. Privatrecht I S. 97; Planck § 2 Anm. II 3b). Hätte der Gesetzgeber die von Michels gewollte Ungültigkeit an die Unleserlichkeit der Zeichnungen und Unterschriften knüpfen wollen, so hätte er das sicher ausdrücklich vorgeschrieben.

Die Zeichnung muß stets durch den zur Zeichnung Verpflichteten persönlich erfolgen. Eine Stellvertretung ist nur bei Minderjährigen und Geisteskranken zuzulassen. Das Gesetz enthält hier eine Lücke, da es darüber besondere Vorschriften nicht trifft, obwohl sonst die Zeichnung im einzelnen gesetzlich geregelt ist (vgl. Staub § 12 Anm. 4; Düringer-Hachenburg § 12 I und Einleitung C Nr. III, 1 a. E.; vgl. Behrend § 40 Anm. 44). Gestattet ist, die Zeichnung bei Gericht in öffentlich beglaubigter Form einzureichen. Die notarielle Beglaubigung hat in solchen Fällen dahin zu erfolgen, daß die Zeichnung persönlich von der Urkundsperson vollzogen, nicht bloß anerkannt worden ist (RG. 54, 168 gegen KG. in RJA. 3, 92; OLG. Dresden in Ann. d. SächsOLG. 22, 158; in einer späteren Entscheidung auch KG. in RJA. 5, 49; Staub § 12 Nr. 4).

Streit herrscht darüber, ob Analphabeten zur Zeichnung ihrer Firma durch Strafen angehalten werden, bzw. die Eintragung ihrer Firma verweigert werden kann. Staub § 12 Anm. 4, Lehmann-Ring § 29 Nr. 6, Ritter § 12 Nr. 10, Goldmann § 12 Anm. 2 Nr. 1 und Makower § 12 I d vertreten die Ansicht, daß solche Personen von der Zeichnung befreit sind und daß die Eintragung ihrer Firma aus diesem Grunde nicht versagt werden kann. Düringer-Hachenburg will den schreibunkundigen, aber zur Vertretung der Firma nach außen berechtigten Geschäftsinhaber durch Ordnungsstrafen zur Zeichnung angehalten wissen, da der Mangel behoben werden könne, mit anderen Worten da der Schreibensunkundige das Schreiben oder doch wenigstens das Zeichnen seiner Firma lernen könnte. Tatsächlich hat der österreichische oberste Gerichtshof (Entsch. vom 21. November 1864 in Z. 8, 541) einer schreibensunfertigen Handelsfrau eine Frist von drei Monaten gestellt, um innerhalb derselben entweder ihren Namen bzw. ihre Firma schreiben zu lernen oder durch Bestellung eines Prokuristen die Zeichnung der Firma formgerecht vornehmen zu lassen. Dies Gericht hat allerdings später diesen Standpunkt wieder verlassen (vgl. Adler u. Clemens Nr. 772

zitiert bei Staub). Die Ansicht Staubs und Konsorten ist zu billigen. Die Zeichnung der Firma soll, wie oben bemerkt, dem Gerichte und den etwaigen Interessenten ein Vergleichsobjekt gewähren. Da der Schreibunkundige nun, solange er nicht schreiben gelernt hat, nie in die Lage kommen wird, gemäß § 17 Abs. 1 HGB. im Handel seine Unterschrift abzugeben, so entfällt hier die ratio legis. Allerdings dürfte das Gericht die Verpflichtung haben, für etwaige Nachholung der Zeichnung zu sorgen, falls es erfahren sollte, daß der Schreibunkundige schreiben gelernt hat. Zu der zitierten Entscheidung des obersten österreichischen Gerichts ist übrigens zu bemerken, daß durch die Zeichnung der Unterschrift eines Prokuristen die Unterschrift des Geschäftsinhabers nicht ersetzt werden kann. Zu erwägen wäre, ob das Gesetz für solche Fälle nicht den schreibunkundigen Firmeninhabern die Verpflichtung auferlegen sollte, einen Prokuristen unter allen Umständen zu bestellen.

Ähnlich verhält es sich mit der Zeichnung der Firma durch Personen, welche infolge eines körperlichen Gebrechens an der Zeichnung verhindert sind. Diese Personen sind von der Zeichnung befreit. Sie kann nicht erzwungen und die Eintragung darf nicht verweigert werden. Goldmann will unter Bezugnahme auf § 169 FGG. und das Bayerische Notariatsgesetz vom 9. Juni 1899 Art. 29 in den Fällen, in denen es sich nach der Überzeugung des Richters oder Notars um Taube, Blinde oder Stumme handelt, diesen § 169 angewendet wissen, d. h. der protokollierende Richter soll einen Gerichtsschreiber oder zwei Zeugen und der Notar einen zweiten Notar oder zwei Zeugen beiziehen. Wollte man diese Ansicht als richtig anerkennen, so müßte bei Analphabeten auch der § 177 FGG. angewendet werden, d. h. es müßte die Erklärung, daß er nicht schreiben könne, in das Protokoll aufgenommen werden. Die Verlesung und Genehmigung hätte nur unter Zuziehung eines Zeugen zu erfolgen. Damit wäre einerseits für den durch die Vorschrift der Firmenzeichnung angestrebten Zweck gar nichts erreicht,

andrerseits muß bezweifelt werden, ob die §§ 169, 177 FGG. auf die Anmeldungen bzw. Zeichnungen zum Handelsregister überhaupt Anwendung finden können. Sie gehören beide zu dem zehnten Abschnitt des Gesetzes betreffend die freiwillige Gerichtsbarkeit. Dieser Abschnitt ist überschrieben: Gerichtliche und notarielle Urkunden. Nach dem ganzen Inhalt dieses Abschnitts muß angenommen werden, daß die darin enthaltenen Vorschriften nur auf solche Rechtsgeschäfte Anwendung finden sollen, zu deren Rechtsgültigkeit das bürgerliche Gesetzbuch oder andere Gesetze gerichtliche oder notarielle Protokollierung vorschreiben. Zu diesen Firmengeschäften dürfen aber wohl die den Registerbehörden gegenüber abzugebenden einseitigen Erklärungen nicht gerechnet werden.

Eine Differenzierung in der Behandlung dieser beiden Kategorien von an der Zeichnung ihrer Firma oder ihres Namens verhinderten Personen ist überhaupt nicht am Platze. Man denke nur daran daß ein Firmeninhaber, der seit langen Jahren ein Handelsgeschäft betreibt, dieses ordnungsmäßig angemeldet und gezeichnet hat, seine Firma an einen anderen Ort in einen anderen Gerichtssprengel verlegen will. Er hat inzwischen die Fähigkeit, seinen Namen zu schreiben, aus irgendwelchen Gründen verloren. Sollte nun der Registerrichter des neuen Niederlassungsortes die Eintragung der Firma verweigern oder sollte er sie von der Erfüllung bestimmter Bedingungen abhängig machen? Dies ist entschieden zu verneinen.

Dem Prinzip der Publizität der Firma ist auch die zufolge Art. 9 EG. HGB. in die Gewerbeordnung als § 15a aufgenommene Bestimmung zu dienen bestimmt. Dort ist vorgeschrieben, daß solche Kaufleute, die einen offenen Laden haben oder Gast- oder Schankwirtschaft betreiben, verpflichtet sind, ihren Familiennamen mit mindestens einem ausgeschriebenen Vornamen an der Außenseite oder am Eingange des Ladens oder der Wirtschaft in deutlich lesbarer Schrift anzubringen. Durch diese Bestimmungen soll vor allem der

Grundsatz der Öffentlichkeit der Firma gegenüber den durch die §§ 22, 24, 27 HGB. bedingten Durchlöcherungen des Prinzips der Firmenwahrheit nach Möglichkeit gesichert und Irrtümern über die Person des Geschäftsinhabers abgeholfen werden.

Als weiteres Mittel, das dem Prinzip der Öffentlichkeit der Firma dient, sei schließlich die Verpflichtung des Kaufmanns erwähnt, die von ihm benutzte Firma in verständlicher Sprache und verständlichen Schriftzeichen zu gebrauchen. Ausdrückliche Vorschriften darüber finden sich allerdings im Gesetze nicht, doch verlangt die ratio des erwähnten Prinzips, daß die Firma „kein Geheimzeichen" werde, sondern daß jedermann im Bedürfnisfall sich eventuell unter Zuhilfenahme leicht erreichbarer Dolmetscher über den Inhalt der Firmenbezeichnung vergewissern kann (vgl. Staub § 17 Anm. 22 S. 116). In der Reichstagskommission (vgl. KommB. S. 12; Hahn S. 542) hatte jemand den Antrag gestellt, bei § 17 Abs. 2 HGB. folgende Bestimmung einzuschieben: „Die Bezeichnung der Firma hat in deutscher Sprache zu erfolgen." Zur Begründung war angeführt, daß eine derartige Bestimmung im Interresse des deutschen Nationalbewußtseins liege und dadurch der in Deutschland vorhandenen lästigen Sucht nach Fremdem entgegengetreten würde. Der Antrag wurde inbesondere aus praktischen Gründen abgelehnt, da eine große Reihe fremdsprachlicher Worte eingebürgert seien (wie z. B. Cognak, Hotel, Café) und ausländische Firmen häufig Niederlassungen in Deutschland gründeten und mit Recht den Anspruch erhöben, ihre Firma beibehalten zu dürfen. Es folgt daraus, daß die Führung einer nichtdeutschen Firma gestattet ist, wie z. B. Boulanger frères (OLG. Colmar in ObLGR. 5, 273; Staub § 17 Anm. 22; Lehmann-Ring § 17 Nr. 10).

Doch dürften die Vorschriften über die Firmenführung insoweit anwendbar sein, als die Firma in einer toten Sprache und deren Schriftzeichen (z. B. hebräisch) nicht gebraucht werden darf. Firmenzusätze werden handelsüblicherweise

sehr häufig in fremder, ja in toter Sprache geführt und sind natürlich erlaubt, wie z. B. senior, junior, et Comp. Ihre Grenze findet diese Erlaubnis darin, daß der größere Teil des Publikums die Bezeichnung nicht verstehen kann (Johow 10, 15). Die gesetzlich vorgeschriebenen Zusätze wie Aktiengesellschaft, Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Genossenschaft usw. müssen selbstredend stets in deutscher Sprache gefaßt sein. Handelt es sich um Niederlassungen ausländischer Firmen, so ist natürlich die Fassung dieses entsprechenden Zusatzes in der fremden Sprache gestattet, wie société anonyme, limited. Bei der Verwendung fremdländischer Idiome wird natürlich auch darauf Rücksicht zu nehmen sein, ob es sich um gemischtsprachliche Gegenden, wie Elsaß-Lothringen, Ostpreußen, Schlesien handelt. Verboten ist es aber unter allen Umständen, die Firma gleichzeitig in zwei Versionen zu führen, z. B. deutsch und polnisch (Staub § 17 Anm. 22; Lehmann-Ring a. a. O. Nr. 10; Hilse in BuschArch. 35, 270). Bezüglich der Schriftzeichen ist bereits oben bemerkt, daß der § 43 Abs. 1 HGB. analog anwendbar sein dürfte, doch muß dies dahin eingeschränkt werden, daß die Schriftzeichen deutsch oder lateinisch sein müssen. Die Verwendung russischer, türkischer, japanischer Schriftzeichen ist unzulässig; denn sie sind, wie Staub richtig sagt, hierzulande Hieroglyphen. Bei ihrer Verwendung würde es in sehr vielen Fällen für das Publikum direkt ausgeschlossen sein, sich darüber zu vergewissern, wer gegebenenfalls sein Vertragsgegner ist.

§ 5.

Das Prinzip der Ausschließlichkeit der Firma.

Der Grundsatz der Ausschließlichkeit der Firma besagt, daß eine neu errichtete Firma sich von allen älteren Firmen desselben Orts oder desselben Gemeindebezirks, vorausgesetzt, daß diese eingetragen sind, deutlich unterscheiden muß. Dieser Grundsatz, dem Zwecke der

Firma als Unterscheidungs- und Bezeichnungsmittel zu dienen bestimmt, ist im § 30 HGB. generell ausgesprochen. Mit ihm korrespondieren die Vorschrift des § 3 Abs. 2 GenG. und §§ 16, 18 PrivVersG. vom 12. Mai 1901. Anzuwenden ist er natürlich auch auf die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, da sie als Handelsgesellschaften gelten (§ 13 Abs. 3 G. betr. GmbH.) und in die Handelsregister eingetragen werden müssen (§ 7 G. betr. GmbH.). Es haben also (vgl. die Firma der Gesellschaft mit beschränkter Haftung) auf sie die allgemeinen Vorschriften des Handelsgesetzbuches Anwendung zu finden (Liebmann § 4 Nr. 3; Staub-Hachenburg § 4, Anm. 2). Rein durchführbar bzw. durchgeführt ist dieser Grundsatz der Ausschließlichkeit der Firma ebensowenig wie derjenige der Firmenwahrheit. So braucht sich die neue Firma nur von den eingetragenen Firmen zu unterscheiden, die bereits an demselben Ort, an dem sie sich niederlassen will, bestehen. Die Wirkung dieser Rechtsnorm ist also prinzipiell territorial beschränkt, während die Firma gegenständlich unbeschränkt ist. Ueber den Ort des Sitzes der Firma hinaus wirkt die Ausschließlichkeit nicht. An einem anderen Orte kann also eine Firma genau desselben Inhalts gegründet und eingetragen werden, selbst wenn beide Orte im Sprengel desselben Registerrichters liegen, beide vollständig gleiche Firmen, also nebeneinander in demselben Firmenregister figurieren. Es liegt auf der Hand, daß diese territoriale Beschränkung vielfach als Nachteil empfunden wird. Und es kann nicht bestritten werden, daß solche Nachteile namentlich großen, weltbekannten Firmen, deren Waren und Produkte innerhalb der beteiligten Verkehrskreise besonderes Renommee genießen, häufig genug entstehen werden. Während dies in früheren Jahren beschränkteren Verkehrs und vor allem beschränkterer Verkehrsmittel als störend weniger empfunden wurde, hat sich in neuerer Zeit ein dringendes Bedürfnis nach anderweitiger Regelung dieser Frage geltend gemacht, dem wenigstens teilweise das Warenzeichengesetz und vor allem der § 16 des neuen Wettbewerbs-

gesetzes Rechnung zu tragen versuchten. Es hat nicht an Bestrebungen und Vorschlägen de lege ferenda gefehlt, welche dem Firmenrecht einen über das Territorium des Sitzes wirkenden Schutz zu verleihen versuchen. So hat Wassermann in Unlauterer Wettbewerb, Bd. 1 Heft 11/12 zur Abhilfe dieses Übelstandes in Übereinstimmung mit dem Kongreß des Deutschen Vereins für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht in Hamburg, die Schaffung von Firmenzeichen vorgeschlagen, die gewissermaßen den alten Handels- und Fabrikmarken entsprechen und nicht auf bestimmte Warenklassen beschränkt sind, sondern im weitesten Umfang ohne Beziehung auf bestimmte Waren geführt werden können. Markus in Recht 03 S. 96 ff. hat demgegenüber die Einführung eines Reichsfirmenregisters vorgeschlagen, welches an die Warenzeichenrolle des Patentamtes angegliedert werden soll. Die Wirkung dieses Registers soll sein, daß derjenige, der darin seine Firma eintragen läßt, für sich ein örtlich nicht beschränktes Recht erwerben soll mit dem Anspruch, alle anderen Firmeninhaber von der Führung einer sich von seiner Firma nicht deutlich unterscheidenden Firma auszuschließen. Dieses Recht würde also in ganz Deutschland und eventuell auch in anderen Staaten, mit denen das Deutsche Reich diesbezügliche Staatsverträge abschließt, wirken. Es kann nicht verkannt werden, daß dieser Vorschlag, der allerdings den bestehenden Mißständen, mit einem Schlage ein Ende machen würde, praktisch nicht durchführbar ist, und an den entgegenstehenden technischen Schwierigkeiten scheitern muß. Wassermann ist ihm denn auch mit durchschlagenden Gründen im Recht 03, S. 96 ff. entgegengetreten. Schon allein der das Firmenrecht beherrschende Grundsatz der Firmenwahrheit macht die Einführung eines solchen Reichsfirmenregisters unmöglich; denn alle Personenfirmen wären von vornherein mehr oder minder ausgeschlossen, während sich bei Sachfirmen tausenderlei Schwierigkeiten hinsichtlich bereits bestehender, eingetragener Warenzeichen ergeben würden. Wassermann hat seinen Vorschlag in GewRsch. 01, S. 351

bis 358 weiter begründet und darauf hingewiesen, daß ein Firmenzeichen, wie er sich denkt, quasi als geschäftliches Wappen geführt werden solle, das gegenüber dem Warenzeichen den Vorteil hätte, daß es sachlich unbeschränkt ist und der Firma gegenüber, daß es örtlich unbeschränkt wirkt, daß sich seine Wirkungen also territorial auf das ganze Reich erstrecken. Es ist anzuerkennen, daß der Vorschlag Wassermanns technisch leichter durchführbar ist, als der von Markus. Aber auch bei ihm werden erhebliche Schwierigkeiten entstehen, ja es werden vielleicht die großen, weltbekannten Firmen eher Schaden als Nutzen von ihm haben. Eine Konkurrenz anderer Firmen desselben Inhalts wird durch ihn nicht beseitigt. Es würde vielfach durch das Nebeneinanderlaufen von Firmennamen, Firmenzeichen und Warenzeichen eine heillose Verwirrung entstehen, die erst recht unlauteren Elementen die Möglichkeit böte, den geschäftlichen Ruhm der Konkurrenz für sich auszubeuten. Es würde auch langer Jahrzehnte bedürfen, bis das konsumierende Publikum sich an das Firmenzeichen gewöhnt hätte und gewaltige Mengen aufgewendeter Mittel und aufgewendeter Arbeitsleistung würden durch die Einführung dieses Firmenzeichens zerstört werden. Akzeptabler und durchführbarer erscheint der Vorschlag Jacobis im Recht 03, S. 141. Er will den Mißstand durch eine Reform des Firmenrechts, durch einen Zusatz zu § 17 HGB. erreichen. Dieser Zusatz soll folgende Fassung erhalten: „Die Firma muß den Ort der Handelsniederlassung enthalten.“ Dafür soll der Abs. 4 des § 30 ganz und in § 29 HGB. die Worte: „und den Ort seiner Handelsniederlassung“ gestrichen werden. Das Gesetz betreffend die Versicherungsunternehmungen auf Gegenseitigkeit enthält in § 18, allerdings nur in Form einer Sollvorschrift, bereits die Bestimmung, daß die Firma den Sitz des Vereins erkennen lassen soll. Es würde also genügen, wenn die Firma irgendwie ergibt, wo der Sitz der Firma ist. z. B. Hildesheimer Parfümeriefabrik Wilhelm de Laffolie. Jacobi begegnet der Einwendung, daß im Fall der Geschäftsverlegung, sofern die alte Firma

beibehalten werden soll, Schwierigkeiten entstehen würden, damit, daß er einen weiteren Zusatz zu § 31 HGB. vorschlägt. Dieser soll als Satz 2 dem Abs. 1 beigefügt werden: „Im Falle der Verlegung der Niederlassung muß die Firma den Ort der neuen Niederlassung enthalten und darf den Ort früheren Niederlassung beibehalten. Diese Vorschläge leuchten ein. Zum mindesten sind sie leichter durchführbar als die beiden anderen. Eine durchgreifende Remedur würde allerdings auch er bei seiner Verwirklichung nicht schaffen, dem steht schon die Tatsache entgegen, daß es so viele synonyme Orte und Gemeinden gibt. Ein Nachteil wäre auch die dadurch bedingte notwendige Verlängerung aller Firmennamen, während der Zug der Zeit auf eine möglichst kurze, prägnante, schlagwortartige Fassung der Firmen hinausgeht.

Zurzeit ist, wie bereits hervorgehoben, eine allerdings nicht ausreichende Hilfe in den Bestimmungen des Warenzeichengesetzes, im § 16 UnlWG. und eventuell auch in den §§ 823, 826 BGB. gegeben. Diese Bestimmungen werden in vielen Fällen einen ausreichenden Schutz gewähren und sie werden noch viel segensreicher wirken, wenn erst die deutsche Rechtsprechung eine gewisse ihr anhaftende Zaghaftigkeit in der Anwendung besonders des § 16 UnlWG. überwunden haben und mehr den Spuren der französischen und anglo-amerikanischen Judikatur gefolgt sein wird.

Der einschlägige § 30 HGB. birgt im wesentlichen vier wichtige Vorschriften bezüglich der Ausschließlichkeit der Firma in sich:

1. seinen Vorschriften sind unterworfen neue Firmen. Was ist unter „neu“ zu verstehen? Eine Firma hat dann im Gegensatz zu den an dem betreffenden Orte bereits bestehenden und eingetragenen, den alten Firmen als neu zu gelten, wenn sie seither an diesem Ort noch nicht bestanden hat und in dem daselbst geführten Handelsregister noch nicht aufgeführt war. Eine neue Firma ist also eine solche, die neu gegründet oder die von einem anderen Orte nach dem neuen Sitz verlegt wird. Also auch eine Firma, die

schon Jahrzehnte als ursprüngliche oder abgeleitete bestanden hat, ist im Sinne des § 30 HGB. eine neue, wenn sie an einen anderen Ort verlegt wird. Neu ist auch eine Firma, die schon längst an dem betreffenden Orte bestanden hat, aber nicht eingetragen war. Wird eine Firma, die genau dieselbe Zusammensetzung hat wie eine bereits am Orte bestehende, aber nicht eingetragene Firma in das Handelsregister aufgenommen, so ist ihr gegenüber die andere Firma, wenn sie registriert werden soll, eine neue. Sie muß also deutliche Unterscheidungsmerkmale wählen, um eingetragen zu werden. Ein Recht, gegen die neue, aber eingetragene Firma etwa aus § 37 HGB. vorzugehen, stände ihr nur dann zu, wenn jene Firma keine rechtmäßige im Sinne des Gesetzes wäre. Allerdings kann die alte, nicht eingetragene Firma von der neuen eingetragenen nicht daran gehindert werden, ihre Firma auch weiterhin zu führen (Makower § 30 l), es sei denn, daß andere, sich aus § 30 HGB. nicht ergebende Gründe vorlägen. Bestritten ist, ob bei Verlegung einer Firma an einen anderen Ort das Firmenrecht untergeht. Lehmann-Ring § 30 Nr. 6 vertritt den Standpunkt, daß eine abgeleitete Firma, die an einen anderen Ort verlegt wird, im Falle des § 22 HGB. ganz abgelegt, daß also eine neue der Wahrheit entsprechende Firma gewählt werden muß, während im Falle des § 24 HGB. die Beifügung eines Zusatzes genüge. Staub § 30 Anm. 3 vertritt demgegenüber die Ansicht, daß das Firmenrecht in diesem Falle nicht untergeht. Dieser Ansicht, die auch von Allfeld S. 139 und in RG. 20, 171 vertreten wird, ist als richtig anzuerkennen. Dies ergibt sich schon aus § 31 Abs. 1 HGB., der ausdrücklich von der Verlegung der Niederlassung und der dadurch bedingten Anmeldung zum Handelsregister spricht. Das Geschäft, das unter der Firma betrieben wird, erlischt durch die Verlegung zweifellos nicht und nur, wenn dies der Fall wäre, könnte von einem Untergang des Firmenrechts geredet werden. Natürlich muß, wie oben bereits hervorgehoben, die verlegte Firma die Bestimmungen des § 30 HGB. einhalten.

2. Diese neue Firma muß sich von den an demselben Ort oder derselben Gemeinde existierenden Firmen unterscheiden.

Es wird hier unterschieden zwischen Ort und Gemeinde. Prima facie könnte das auffällig erscheinen; denn man wird beides zunächst für identische Begriffe halten. Es hat auch zunächst keine Einigkeit in der Literatur über die Bedeutung dieser Begriffe geherrscht. Staub vertrat noch in der 6./7. Auflage die Ansicht, daß als Ort im Sinne dieses Paragraphen der Ort im politischen Sinne, als Gemeinde der politische Verband zu verstehen sei. Er begründete das unter Hinweis auf Abs. 4 des Paragraphen. Dem Umstande, daß ein Nachbarort oder Teil desselben mit einem anderen Ort oft einen Handelsplatz bilden, trüge der Vorbehalt des Abs. 4 Rechnung. Solange eine Änderung in diesem Sinne nicht getroffen sei, sei der Firmenschutz in räumlicher Hinsicht nicht über den politischen Ort, die Gemeinde ausgedehnt. Dieser Ansicht sind mit Recht Goldmann § 30 I 3, Lehmann-Ring § 30 Nr. 3, Düringer-Hachenburg § 30, I ad b und Makower § 29 V entgegengetreten. Nach ihnen bezeichnet der Begriff „Ort" einen geographisch abgegrenzten Bezirk, dessen Namen in weiten Handelskreisen gebräuchlich ist, ohne Rücksicht auf die politische Zusammengehörigkeit (vgl. Alfred S. 138; Johow 8, 11; OLG. Dresden in ZHR. 37, 529). Ort ist mithin z. B. eine große Stadt mit ihren verschiedenen, wenn auch noch nicht eingemeindeten und gesondert verwalteten Vorstädten z. B. Berlin mit Charlottenburg, Schöneberg usw. (vgl. Lehmann-Ring § 30 Nr. 3; Opet in Z. 49, 56). Bezüglich dieser Stadt hat übrigens Preußen von dem durch Abs. 4 statuierten Rechte Gebrauch gemacht, indem es durch Ministerialverfügung vom 2. Dezember 99 Berlin mit Charlottenburg, Schöneberg, Rixdorf zu einem Ort im Sinne des § 30 HGB. vereinigt hat. Bei Johow 8, 11 ist ausgeführt, daß die einzelnen Ortschaften, welche einen Ort in dem gedachten Sinne bilden, noch nicht einmal räumlich ununterbrochen zusammenzuhängen brauchen, daß sie sogar verschiedenen Bundesstaaten

zugehören können (vgl. KG. in Z. 37, 529). Es wäre also auch möglich, daß derselbe Ort in die Bezirke verschiedener Registerrichter fällt. So sind z. B. das preußische Frankfurt und das hessische Offenbach a/M. fast vollständig zusammengewachsen. Offenbach wäre längst eingemeindet, wenn es nicht einem anderen Bundesstaate angehörte, Beide Städte könnten sehr wohl einen Ort im Sinne des § 30 bilden und es wäre denkbar, daß beide Bundesstaaten durch Staatsvertrag den Abs. 4 des § 30 zur Anwendung brächten. Der Begriff „Ort" ist also kein Rechtsbegriff, sondern ein Verkehrsbegriff (KG. in Z. 37, 529; 40, 444). Lehmann-Ring § 30 Nr. 3 weist unter Bezugnahme auf v. Hahn § 5 zu Art. 20 darauf hin, daß unter dem Begriff „Ort" nicht nur eine Stadt, ein Flecken, ein Dorf falle, sondern z. B. auch ein abgeschlossenes Tal.

Auch Staub hat in der neuen, 8. Auflage, seinen früheren Standpunkt aufgegeben. Man ist sich also jetzt in der Literatur über den Begriff „Ort" einig. Unter Gemeinde versteht man übereinstimmend den politischen Verband, über den das maßgebende Landesrecht zu entscheiden hat und der unter einer kommunalen Verwaltung steht (vgl. Allfeld S. 138; Lehmann-Ring § 30 Nr. 3; Staub § 30 Anm. 1; Makower § 29 V).

Es taucht hier die Frage auf, ob und wie der § 30 HGB. anzuwenden ist, wenn zwei Städte zusammenwachsen, gemäß Abs. 4 des § 30 HGB. konsolidiert werden, oder wenn eine Stadt Vororte eingemeindet und wenn in beiden Orten bereits vollständig gleichlautend eingetragene Firmen bestehen. Hier wird fast durchweg und mit Recht der Standpunkt vertreten, daß in diesen Fällen keine der beiden Firmen der anderen zu weichen habe, da beide zur Zeit ihrer Eintragung „neue" Firmen im Sinne des § 30 HGB. gewesen seien. Es handelt sich hier um wohlerworbene Rechte, die durch staatliche Eingriffe oder durch in kommunalpolitischem Interesse gebotene Eingemeindung nicht tangiert werden dürfen (vgl. Staub § 30 Anm. 3; Goldmann § 30 Anm. 4, I; Makower § 30

II b; Lehmann-Ring § 30 Nr. 3; Riesenfeld, Firmenschutz und Eingemeindung in GewRsch. 3, 337 bis 339; KG. 16, 11; KG. bei Holdheim VI, 97). Die Ansicht von Allfeld (S. 139) und Schulze-Görlitz (S. 120), wonach in solchen Fällen die später eingetragene Firma der älteren zu weichen hätte, ist also nicht anzuerkennen, wenn es auch wünschenswert erscheint, daß die Beteiligten in ihrem eigenen Interesse durch freiwillige Änderung oder Annahme von Zusätzen für genügende Unterscheidbarkeit ihrer Firma sorgen.

3. Die neue Firma muß sich unterscheiden von dem an demselben Ort bestehenden und in das zuständige Handelsregister eingetragenen Firmen.

Das Gesetz verlangt eine bestehende, d. h. eine zu Recht bestehende Firma. Eine ungesetzmäßige Firma ist rechtlich zur Führung ungeeignet, besitzt noch viel weniger aber ein Recht auf die Ausschließlichkeit. Besteht die Firma nicht mehr, ist z. B. der Handelsbetrieb tatsächlich eingestellt, ist die Firma aber noch eingetragen, so kann eine gleichlautende trotzdem eingetragen werden; denn rechtlich existiert dann eben jene Firma nicht mehr (RG. 29, 66; Bolze 15 III). Dasselbe gilt, wenn eine Firma eingetragen ist, bevor sie tatsächlich besteht (Makower § 30 II a). Ist jemand in das Handelsregister eingetragen, dem das Recht zur Firmenführung nach den Bestimmungen des Handelsgesetzbuches nicht zusteht, so gilt sein Gewerbe, so lange er eingetragen ist, gemäß § 5 HGB. als Vollhandelsgewerbe und eine gleichlautende Firma darf nicht eingetragen werden. Es bleibt nichts andres übrig, als die Löschung dieser Firma zu betreiben. Allerdings könnte der von jener Firma im Prozeßweg in Anspruch genommene Konkurrent diesbezügliche Einreden geltend machen (vgl. Lehmann-Ring § 30 Nr. 2; Staub § 30 Anm. 2a; RG. 29, 69). Durch Liquidation oder Konkurs hört die Firma nicht auf zu bestehen, sie erlischt also nicht; der Zusatz „in Liquidation“ bezeichnet nach RG. 29, 68 nur das Vorhandensein eines rechtlichen Zustandes, der wegen seiner großen Bedeutung für die Verhältnisse

der Firma hat eingetragen werden müssen. Solche Firmen haben also, solange sie noch tatsächlich bestehen, das Ausschließungsrecht des § 30 HGB. (vgl. Johow 10, 17; Bolze 15 Nr. 112).

Es genügt aber nicht, daß die ältere Firma tatsächlich besteht, sie muß vor allem auch in dem zuständigen Firmenregister eingetragen sein. Ist sie nicht eingetragen, so kann jeder andere eine ihr gleichlautende Firma zur Anmeldung bringen und schließt dann mit seiner Eintragung ihre Eintragung ohne deutliche Unterscheidungsmerkmale aus. Es entscheidet lediglich die Eintragung, die Anmeldung ist ebenso belanglos, wie die Publikation (vgl. Staub § 30 Anm. 2 a; Lehmann-Ring § 30; Goldmann I 2). Wird eine Firma früher eingetragen, als eine tatsächlich früher angemeldete, so schließt erstere letztere aus (unrichtig die bei Busch I S. 395 zitierte Entscheidung des Stadtgerichts Berlin). Befinden sich zwei Firmen gleichzeitig im Anmeldungsstadium, so kann nach dem Grundsatze prior tempore, potior iure nur die zeitlich zuerst angemeldete Firma eingetragen werden, während die andere ein deutliches Unterscheidungsmerkmal anzunehmen hat, wenn sie eingetragen werden will (Staub § 30 Anm. 2; Goldmann § 30 I 2; Behrend 48, 262; Allfeld S. 138). Selbstverständlich ist, daß auch nur eine rechtmäßig eingetragene Firma den Schutz des § 30 HGB. genießt (ROHG. VI Nr. 57; Kohler M. S. 125). Geht sie aus § 30 HGB. gegen einen Konkurrenten vor, so kann die Unrechtmäßigkeit des Eintrags einredeweise geltend gemacht werden (Lehmann-Ring § 30).

4. Von der neuen Firma muß gegebenenfalls ein deutliches Unterscheidungsmerkmal gewählt werden.

Die Beurteilung der Frage, ob das gewählte Unterscheidungsmerkmal „deutlich“ im Sinne des Gesetzes ist oder nicht, kann nur an der Hand des einzelnen Tatbestandes getroffen werden. Es muß dies dem Ermessen des erkennenden Gerichts überlassen bleiben (Gareis S. 68).

Eine grundlegende Entscheidung hat das Reichsgericht in

Bd. 20 S. 72 ff. gefällt, die insbesondere auf die Feststellung hinausläuft, daß verhältnismäßig geringe Unterschiede genügen und daß Verschiedenheit des Familiennamens einen genügend deutlichen Unterschied hervorrufe, auch wenn die Aussprache die gleiche sei. Das Reichsgericht hat in dieser Entscheidung festgelegt, daß eine Firma Benecke & Cie. sich genügend unterscheide von einer Firma C. H. Benecke & Cie. In der Begründung hat es hervorgehoben, daß die Bestimmung des § 18 des Markenschutzgesetzes vom 30. November 1874, welches eine Unterscheidbarkeit ohne besondere Aufmerksamkeit verlangte, nicht anzuwenden sei, daß vielmehr beim Gebrauche einer Firma und beim Kontrahieren mit einer solchen Genauigkeit verfahren werden müsse. Bei Beurteilung derartiger Fragen müsse auch die kaufmännische Sitte beachtet werden, nach welcher die Firma immer genau so, wie ihr Führer sie angenommen habe, gebraucht werde, insbesondere die Vornamen, wenn sie nur durch Anfangsbuchstaben angedeutet seien, niemals ergänzt würden und die einmal angenommene Reihenfolge der Vornamen oder der Anfangsbuchstaben immer gewahrt werde, so daß z. B. „C. Meyer“ eine andre Firma ist als „Carl Meyer“ und die Firma „C. F. Meyer“ und „F. C. Meyer“ sich genügend voneinander unterschieden. Tatsächlich vorgekommene Verwechslungen seien unbeachtlich, es genüge, wenn objektiv ein deutlicher Unterschied zwischen beiden Firmen bestehe. Die in der Literatur von Völderndorff vertretene Ansicht, daß zwei Geschäfte gleicher Branche sich deutlicher von einander abheben müßten, sei nicht zu billigen. Auch von der Absicht, in welcher die neue Firma gewählt werde, und mithin auch von arglistiger Absicht, vermöge derselben einer bereits bestehenden Firma unlautere Konkurrenz zu machen, sei die in Art. 20 HGB. (jetzt § 30 HGB.) enthaltene Vorschrift gänzlich unabhängig.

Auf demselben Standpunkt stehen RG. in JW. 98, 825, RG. 20, 14; KG. in OLGR. 6, 109; 5, 340; ZfAktWes. 10, 207; OLG. Hamburg in HansGerZ.06, Hauptbl. 160: verschiedene

Vornamen genügen auch, wenn der Nachname ein seltener und ungewöhnlich charakteristischer ist, und OLGR. 11, 20, welches entscheidet, daß sich die Firma „Johann Hermann J." und „Hermann H." genügend unterscheiden. Ebenso Bolze 17, 123; Jastrow Nr. 557; Opet Z. 49, 88; RG. 29, 68; Busch 23, 442. Von den bekannten Kommentatoren teilen Staub § 30 Anm. 4; Makower § 30 II c; Goldmann § 30 II c; Cosack § 16 S. 63, Ritter S. 63, Lehmann-Ring § 30 II N. 5 die Ansicht des Reichsgerichts, während Düringer-Hachenburg § 30 II die vom Reichsgericht vertretene Ansicht für zu weitgehend bezeichnen. Düringer-Hachenburg insbesondere hebt hervor, daß nicht lediglich die Auffassung des Kaufmannsstandes maßgebend sein dürfe; denn die Kaufleute wollten doch nicht nur unter sich, sondern auch mit dem großen Publikum verkehren. Die Vorschrift des § 30 HGB. sei als öffentlichrechtliche gerade im Interesse des Publikums geschaffen. Er will daher die verschiedenartige Schreibweise phonetisch gleichlautender Namen, wie Maier, Mayer, Meier, Meyer (ebenso Schulze-Görlitz S. 162) nicht als genügend deutliche Unterscheidung gelten lassen. In der Judikatur ist dieselbe Meinung vertreten in OLG. Dresden in Z. 46, 471; OLG. Colmar in Z. 46, 480; Busch 30, 87. Von dem Oberlandesgerichte wurde die Firma George Meisel & Comp. neben einer bestehenden Firma George Meusel & Co. nicht zugelassen. In letzter Zeit (22. Februar 1909) hat sich das Oberlandesgericht Hamburg in OLGR. 19, 298 (Recht 09 Nr. 1394 und 2393; RJA. 10, 49) in Gegensatz zu der oben zitierten Entscheidung des Reichsgerichtes gesetzt. Es hat entschieden, daß kein deutlicher Unterschied zu finden sei zwischen Hartmann und Schulze" und „Th. Hartmann und Schulze". Als Grund gibt es an, daß die Vorschrift des § 30 HGB. eine Unterscheidung verlange, die nicht nur bei aufmerksamer Vergleichung der Firma möglich, sondern erheblich genug sei, um im gewöhnlichen Verkehr Verwechselungen vorzubeugen. — Die überwiegende Meinung in Theorie und Praxis steht zweifellos auf seiten des Reichsgerichtes. Es kann je-

doch nicht verkannt werden, daß die Gegenansicht auch viel für sich hat, wenn auch namentlich in großen Handelsstädten diese Ansicht praktisch kaum oder gar nicht durchführbar sein dürfte.

In Absatz 2 des § 30 HGB. ist noch der Fall geregelt, daß die neue Firma eines Kaufmanns denselben Vor- und und Nachnamen enthalten soll, aus dem sich eine bereits bestehende und eingetragene Firma zusammensetzt. In diesem Fall muß die neue Firma einen deutlich unterscheidenden Zusatz erhalten, der ein Bestandteil der Firma im Sinne des § 18 Abs. 2 HGB. wird.

Aus der umfangreichen Kasuistik (vgl. insbesondere die umfangreiche Zusammenstellung der Judikatur bei Staub § 30 Anm. 5 und 6) seien noch die folgenden wichtigeren Fälle angeführt:

I. Bestritten in der Literatur ist, ob die gesetzlich vorgeschriebenen Zusätze zu gewissen Gesellschaftsfirmen wie „Aktiengesellschaft", „Gesellschaft mit beschränkter Haftung" als deutliche Unterscheidungsmerkmale zu erachten seien. Auch die Rechtsprechung ist widersprechend und selbst bei den einzelnen Gerichten schwankend. Das Kammergericht vom 4. November 1901 in DJZ. 7, 202 und das Reichsgericht vom 8. Februar 1902 in JW. 02, 186 haben entschieden, daß der Zusatz „Gesellschaft mit beschränkter Haftung" kein genügendes Unterscheidungsmerkmal sei, da dieser Zusatz eine Firmenverschiedenheit nicht erzeuge. Andrer Ansicht ist das Kammergericht in seiner Entscheidung vom 29. Januar 03 bei Johow 26 A 216 und OLGR. 7, 343, wenn es entscheidet, daß die Firma „Automaten-Gesellschaft mit beschränkter Haftung" und „Automaten-Aktien-Gesellschaft" sich deutlich unterschieden. Eine neuere Entscheidung desselben Gerichts bei Johow 37 A 194 und RJA. 10, 20 vertritt denselben Standpunkt, indem es feststellt, daß die Bezeichnungen „Aktiengesellschaft" und „Gesellschaft mit beschränkter Haftung" in der Firma der beteiligten Gesellschaften geeignet und ausreichend seien zur Unterscheidung der beiden Firmen.

Der Umstand, daß tatsächlich Verwechslungen vorgekommen seien, vermöge daran nichts zu ändern. Ebenso Markus in Holdheim 09, 106. Im Gegensatz hierzu hat das Oberlandesgericht Karlsruhe in BadRpr. 02, 268; Recht 02, 440 entschieden, daß es bei zwei im übrigen gleichlautenden Firmen nicht genüge, um ein deutliches Unterscheidungsmerkmal herzustellen, daß die eine den Beisatz „Aktiengesellschaft" habe. Ebensowenig könne der nur den derzeitigen Rechtszustand andeutende Zusatz „in Liquidation" zur Unterscheidung in Betracht kommen. Markus in Holdheim 06, 141 hebt hervor, daß die gesetzliche Firmenbezeichnung, wie sie durch § 20 HGB. und § 4 G. betr. GmbH. vorgeschrieben sei, im Falle des Vorliegens der Voraussetzungen des § 30 Abs. 2 die Beisetzung eines Firmenzusatzes nicht entbehrlich mache; eine Bezeichnung im Sinne des § 20 sei begrifflich etwas anderes, als der Zusatz der §§ 18 Abs. 2 und 30 Abs. 2. Das BayOLG. in Z. 07, 474; Recht 07, 1473 hat entschieden, daß die Firma eines Einzelkaufmanns, der mit einem seiner Vornamen und seinem Familiennamen zeichne, sich wesentlich von der Firma einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung unterscheide, die aus demselben Vornamen und Familiennamen jenes Kaufmannes mit dem gesetzlichen Zusatz „Gesellschaft mit beschränkter Haftung" bestehe. — Die Judikatur der Oberlandesgerichte scheint also im Gegensatz zu früher die gesetzlichen Firmenzusätze der Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung für genügend deutliche Unterscheidungsmerkmale im Sinne des § 30 HGB. zu halten, während das Reichsgericht dies nicht tut.

II. Ist die Beifügung des Niederlassungsortes zur Firma ein deutliches Unterscheidungsmerkmal im Sinne des § 30 HGB.? Auch diese Frage ist in der Doktrin bestritten. Staub § 30 Anm. 7, Hahn § 9 und Lehmann-Ring § 30 Nr. 3 halten die Beifügung bei sonst gleichlautenden Firmen für nicht genügend deutlich, während Makower unter Berufung auf die Motive des alten Handelsgesetzbuches für die Preu-

ßischen Staaten S. 17 und die Denkschrift S. 40 für genügend hält. Das Reichsgericht (Bolze V Nr. 198) hat entschieden, daß die Firma „Friedrich Herder Abr. Sohn zu Sl“ (den beiderseitigen Ort der Niederlassung) sich nicht genügend deutlich von der Firma „Richard Herder Abr. Sohn“ unterscheide. Diese Entscheidung erscheint allerdings gegenüber der sehr weitgehenden Entscheidung in RG. 20, 72 auffallend.

Staub § 30 Anm. 7 und mit ihm Lehmann-Ring § 30 Nr. 5, ebenso Adler u. Clemens Nr. 319 halten unter Hinweis auf die §§ 22, 25 HGB. den Zusatz „Nachfolger“ für ebensowenig zur Unterscheidung ausreichend, wie die Beifügung des Niederlassungsortes; Goldmann § 30 Anm. 1 II 2 und Makower § 30 II c halten ihn hingegen für genügend.

Einigkeit scheint jetzt im Gegensatz zu früher (vgl. Staub 5./6. Aufl. § 4 Anm. 27) darüber zu herrschen, daß die Beifügung der Branche in allen den Fällen genüge, in denen das unter der einzutragenden Firma betriebene Geschäft nicht derselben Branche angehört wie die alte Firma (Düringer-Hachenburg § 30, III; Lehmann-Ring § 30 Nr. 6 a; Goldmann § 30 Anm. 2 II; OLG. Hamburg in HansGerZ. 11, 128). Staub § 30 Anm. 7 macht noch die weitere Bedingung, daß die Bezeichnung der Branche ein wirklicher Bestandteil der Firma und als solcher erkennbar sei.

III. Daß der Zusatz „in Liquidation“ keine deutliche Unterscheidung abgibt, folgt bereits aus § 153 HGB. (Staub § 30 Anm. 7, Goldmann § 30 Anm. 1 II 2, Düringer-Hachenburg § 30 II und Lehmann-Ring § 30 Nr. 5 sind derselben Ansicht. Ebenso RG. 29, 68; 15, 105; KG. bei Johow 10, 17; OLG. Karlsruhe im Recht 02, 440; BadRpr. 02, 268). Das Oberlandesgericht Hamburg (OLGR. 14, 342) hat bezüglich dieses Beisatzes entschieden, daß nach RG. 29, 68 allerdings dieser Zusatz keine genügende Unterscheidung von einer im übrigen gleichlautenden Firma bilde, allein, wenn die Firmen sich ohnehin nicht glichen, so trage auch dieser Zusatz zu der einen Firma zur Unterscheidbarkeit bei.

IV. Während das Reichsgericht (35, 59) in einem Fall

den Zusatz „et Cie." für einen nicht unterscheidenden Nebenpunkt erklärt, entscheidet das OLG. Hamburg am 8. Februar 1907 (OLGR. 14, 342; LZ. 07, 518; R. 07, 897; ZBl. FG. 8, 61), daß der Zusatz „& Cie." eine deutliche Unterscheidbarkeit zweier im übrigen gleichlautender Firmen begründe.

Der § 30 HGB. trifft dann schließlich noch eine Bestimmung für den Fall, daß eine Zweigniederlassung an einem Orte begründet werden soll, an dem bereits eine Firma besteht und eingetragen ist, die mit der Hauptfirma gleichlautend ist, deren Firma auch die Zweigniederlassung führen muß (vgl. Abhandlung über die Firma der Zweigniederlassung; Staub § 30 Anm. 8). In diesem Falle muß in die Firma der Zweigniederlassung ein deutlich unterscheidender Zusatz aufgenommen werden. Einig sind sich sämtliche größere Kommentatoren (Staub § 30 Anm. 8; Düringer-Hachenburg § 30 IV; Goldmann § 30 Anm. 3 II, 2; Lehmann-Ring § 30 Nr. 6b) darüber, daß in solchen Fällen der Zusatz „Filiale", „Zweigniederlassung" nicht genüge, schon weil die Gefahr bestehe, daß das rechtsunkundige Publikum annehmen könnte, es handle sich um eine Filiale der alten am Ort domizilierenden, gleichlautenden Firma. Ein Zusatz aber, der deutlich erkennen läßt, daß es sich um die Filiale eines auswärts domizilierenden Geschäfts handle, wie z. B. „Deutsche Bank Berlin, Filiale Frankfurt a/M." ist ein genügend deutliches Unterscheidungsmerkmal.

§ 6.

Firmenzusätze gemäß § 18 Abs. 2 HGB.

In dem § 18 Abs. 2 HGB., der eigentlich die Bildung der Firma des Einzelkaufmanns behandelt, sind auch Vorschriften über die sogenannten Firmenzusätze gegeben. Diese Vorschriften beziehen sich aber nicht allein auf die Firma des Einzelkaufmanns, sondern auch auf die Firmen der Handelsgesellschaften, wie jetzt übereinstimmend in der Doktrin (vgl. Staub § 18, Einleitung und Anm. 7; Makower § 18 I c; Leh-

mann-Ring § 18 Nr. 1; Goldmann § 18 Anm. 2 II; Düringer-Hachenburg § 18, VI) angenommen wird. Denselben Standpunkt nimmt die Judikatur ein (vgl. Recht 3, 166; KG. in KGJ. 28 A S. 41; KG. vom 3. März 1903 in OLGR. 6, 342 und 9, 241; ZBlFG. 5, 334).

Die im Absatz 2 des § 18 HGB. gegebenen Vorschriften enthalten also ein für handelsrechtliche Firmen jeder Art anzuwendendes Prinzip, was sich aus § 6 Abs. 1 HGB. ergibt und durch die Ausdrucksweise der Gesetzesstelle „Die Firma darf" statt „Er darf" im früheren Handelsgesetzbuch noch besonders hervorgehoben wird.

Unter Zusätzen im Sinne des § 18 Abs. 2 HGB. sind nur solche zu verstehen, die einen integrierenden Bestandteil der Firma bilden, die mit dem Firmencorpus (dem Vor- und Nachnamen) zu einem einheitlichen Ganzen verbunden und mit ihm zum Register anzumelden sind. Streng zu unterscheiden sind von solchen Zusätzen solche Beifügungen zur Firma, die nur Mitteilungen an das Publikum enthalten, wie Aufzählen der Spezialitäten des Geschäfts, Vertretung bekannter Fabriken, sowie weiter reine Geschäftsbezeichnungen, wie z. B. der Etablissementsname. Es wird häufig in der Praxis schwer sein, die Firmenzusätze im Sinne des § 18 Abs. 2 HGB. von derartigem zur Firma nicht gehörendem und des Firmenschutzes entbehrendem Beiwerk zu trennen. Es ist das Tatfrage, doch wird man sie als Bestandteil der Firma immer dann behandeln müssen, wenn der Kaufmann sie im Handelsverkehr bei Abschlüssen als seinen Handelsnamen und insbesondere bei Abgabe seiner Unterschrift benutzt, oder erst recht dann, wenn sie in das Handelsregister mit angemeldet sind. Es seien aus der Praxis folgende Entscheidungen erwähnt: RG. 5, 112; Busch 44, 357; Bolze 16, Nr. 116; KGJ. 5, 16; Z. 37, 527.

Dem Kaufmann ist bei der Wahl dieser Zusätze durch das Handelsgesetzbuch weitgehende Freiheit gelassen. Es sind alle Zusätze gestattet, soweit sie nicht durch § 18 Abs. 2 HGB. direkt verboten sind oder durch andere Gesetze als

verboten und damit unzulässig erscheinen, wie z. B. unsittliche Zusätze. Es ist also möglich, daß ein Firmenzusatz handelsrechtlich sehr wohl zulässig ist und eingetragen wird, trotzdem aber gegen eine Polizeivorschrift verstößt und deshalb ein Einschreiten der Polizeibehörde gegen den Firmeninhaber, der ordnungsgemäß im Handelsregister eingetragen ist und gegen den der Registerrichter, da der Firmenzusatz handelsrechtlich zulässig ist, nichts unternehmen könnte, nach sich zieht. Diese Frage ist ausgetragen vor dem Preußischen Oberverwaltungsgericht, das in seinem Urteil vom 12. März 1898 (vgl. DJZ. III, 398) ausgesprochen hat, daß das Wort „Apotheker" allerdings ein zulässiger Firmenzusatz sei (a. A. LG. Wetzlar in ZBlFG. 1, 25 und Staub § 18 Anm. 10), daß aber trotzdem polizeiliches Einschreiten gegen einen Drogisten möglich sei, dessen Firma mit dem Zusatz „Apotheker" im Handelsregister eingetragen ist und zwar zum Zwecke der Verhinderung eines Irrtums des Publikums, es mit einer Apotheke zu tun zu haben.

Wo diese Zusätze stehen, ob vor oder hinter dem Firmencorpus, ob der Vor- oder Nachname dabei als Hauptwort oder in adjektivischer Form gebraucht wird, ist einerlei (RGJ. 10, 15; OLG. Stuttgart in RJA. 4, 216; RG. 5, 113; Opet S. 49 und 71). Die Zusätze müssen auch nur in den in § 18 Abs. 2 HGB. angegebenen Zwecken dienen; sie müssen nicht etwa notwendig sein, sondern sind generell, ganz einerlei ob sie zur Vermeidung von Verwechslungen oder nur dem persönlichen Geschmack des Firmeninhabers dienen sollen (RG. in JW. 95, 359; KG. in KGJ. 20 A. 267), erlaubt.

Die hier behandelten Zusätze bilden, wie bereits oben hervorgehoben, mit dem Firmencorpus ein einheitliches Ganzes, das nur als dieses Ganze Firmenschutz genießt, während die einzelnen Bestandteile, also das Firmencorpus und der Zusatz, jedes für sich betrachtet, nicht geschützt sind. Dies gilt auch für den in der Firma enthaltenen Namen, der aus der Firma herausgerissen, keinen Firmen-, wohl aber

Namenschutz genießt, für den Fall, daß der Firmeninhaber berechtigt ist, diesen Namen zu führen, d. h. daß es sich um seinen Familiennamen handelt (ROHG. 4, 260; Bolze 17 Nr. 123; Bolze 10 Nr. 184; RG. in JW. 02, 27[20] und 00, 133[12]). Hierher gehört der bekannte Fall der Firma J. Huppmann, La Ferme, der das Reichsgericht (Bolze 17, 23) beschäftigt hat, bei dem es sich darum handelte, ob diese Firma einer anderen, die den Firmenbestandteil „La Ferme" ebenfalls in ihrer Firma führte, die Führung verbieten könne. Die Frage wurde verneint. Wie des selbständigen Firmenschutzes, so entbehren die der Firma zur Unterscheidung der Person oder des Geschäfts beigefügten Zusätze auch der selbständigen Übertragbarkeit (KG. in FrankfRundsch. 07, 137). Richtig ist, was Makower § 18 III c. ausführt, daß Firmenzusätze z. B. „Barbarossa-Brunnen" unter Umständen wichtiger werden könnten, als die übrigen Firmenbestandteile, weil sie im Gedächtnis des Publikums besser hafteten. Unrichtig ist aber, wenn er behauptet, daß, falls dieser Firmenbestandteil selbständig gebraucht werde, er auch bei Gebrauch durch Dritte nach Firmenrecht geschützt sei. Dagegen hat sich auch das Reichsgericht Bd. 38, 84 ausgesprochen und auch Staub § 18 Anm. 8, Goldmann § 18 Anm. 2 III und Lehmann-Ring § 18 Nr. 10 halten diesen Schutz nicht für gegeben. Allerdings kann ein derartiger hervortretender Firmenbestandteil, der gerade bei dem Publikum auf die Gesamtfirma hinweist, gemäß §§ 18, 20 WZG. geschützt sein und auch § 16 UnlWG. Schutz genießen, aber ein Schutz aus § 37 HGB. ist ausgeschlossen.

Eine weitere Frage wäre die, ob der Firmeninhaber einen derartigen, einmal angenommenen zulässigen Zusatz wieder ablegen kann oder ob er an seine Führung so lange gebunden ist, als er überhaupt die Firma führt. Zweifellos ist, daß er den Zusatz ablegen kann, wenn seine Firma alsdann noch der ursprünglichen entspricht (Staub § 18 Anm. 8), also aus Vor- und Nachnamen besteht. Er nimmt dann aber eine neue Firma an und muß eventuell gemäß § 30 HGB. wieder-

um einen Zusatz machen. Staub will dem Kaufmann aber bei abgeleiteter Firma die Ablegung auch sonst gestatten, ohne daß er dadurch das Recht auf die erworbene Firma verliert. Die beiden von ihm angeführten Fälle sprechen ja allerdings für seine Ansicht; auch die Entscheidung des KGJ. 14, 246 scheint diese Ansicht zu teilen. Andrerseits hat das Bayerische Oberste Landesgericht das Gegenteil entschieden: „In der Aufnahme eines an sich statthaften Zusatzes in die Firma hat der Kaufmann freie Hand; aber es steht nicht in seinem Belieben, wenn er eine einen Zusatz nicht enthaltende Firma führt, ihr gelegentlich einen Zusatz als Bestandteil zu geben, wenn er eine einen Zusatz enthaltende Firma führt, den Zusatz bald zu gebrauchen, bald fortzulassen (BayObLG. 8, 90; BayZfR. 07, 215; LZ. 07, 517; SeuffArch. 62, 288; SeuffBl. 07, 546; ZBlFG. 8, 50; Recht 07, 581; DJZ. 97, 368). Diese Ansicht muß gebilligt werden. Die Firma muß nach kaufmännischer Sitte und auch nach gesetzlicher Vorschrift stets in der Form gewählt werden, wie sie seinerzeit angenommen oder übernommen wurde. Selbst Abweichungen geringfügiger Natur sind nicht erlaubt (RG. 20, 72 und 73). Dann kann aber erst recht nicht die Weglassung so wesentlicher Bestandteile der Firma gestattet sein, wie sie Firmenzusätze darstellen. Dem widerspricht der Grundsatz, daß die Firma in ihren gesamten Bestandteilen ein untrennbares und nur in ihrer Gesamtheit geschütztes Ganze ist (vgl. auch ROHG. 4, 560; 12, 173). Läßt also der Firmeninhaber den Zusatz weg, so kann der Registerrichter einschreiten. Eventuell muß in der Weglassung die Aenderung der Firma und die Annahme einer neuen erblickt werden. Diese neue Firma müßte dann aber den Vorschriften über neu errichtete Firmen entsprechen.

Der § 28 Abs. 2 HGB. erlaubt nun bestimmte Firmenzusätze und verbietet andrerseits bestimmte Arten von Zusätzen. Er geht dabei weiter als das alte HGB. und in der Denkschrift S. 34 wird als Grund angegeben, daß die Klagen darüber allgemein seien, daß die Firmenzusätze vielfach

marktschreierische Anpreisungen und tatsächlich falsche, zur Täuschung geeignete Angaben enthielten und sich deshalb trotz der solche Mißbräuche treffenden Bestimmungen des Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs vom 27. Mai 1896 eine einschränkende Bestimmung empfehle. Die Gesetzesstelle trifft 5 verschiedene Vorschriften, deren Tatbestände häufig ineinander greifen werden.

I.

Sie erlaubt ganz allgemeine Zusätze, die zur Unterscheidung der Person oder des Geschäfts dienen.

II.

Sie verbietet Zusätze, die ein nicht vorhandenes Gesellschaftsverhältnis andeuten.

III.

Sie verbietet Zusätze, die eine Täuschung über die Art,

IV.

über den Umfang des Geschäfts und

V.

über die Verhältnisse des Geschäftsinhabers herbeizuführen geeignet sind.

I.

Diese einzelnen Vorschriften seien einzeln der Reihe nach behandelt:

Zur Unterscheidung der Person dienen z. B. Titel wie „Doktor", „Hoflieferant", ferner Zusätze wie „selige Witwe", „junior", „senior", „Vater", „Sohn".

Zur Unterscheidung des Geschäfts können alle möglichen willkürlichen Bezeichnungen beigefügt werden, wenn sie nur nicht gegen das Prinzip der Firmenwahrheit verstoßen. Nach altem Rechte verfuhr man hier recht engherzig. Man hielt z. B. Zusätze, die reine Phantasienamen enthielten oder die lediglich einen Reklameinhalt hatten, für unzulässig (KGJ. 10, 14; Z. 42, 501; Adler u. Clemens Nr. 1867; RG. 3, 166;

Cohn, Handelsregister 16). Nach jetzigem Recht sind derartige Zusätze zweifellos erlaubt, auch wenn sie aus reinen Phantasienamen bestehen oder wenn als Zusatz ein historischer, mythologischer oder Gemeingut gewordener Name benutzt wird (KG. in KGJ. 20 A 267; OLGR. 6, 342; 1, 289; RG. in JW. 98, 482[20], wo die Verwendung des Wortes „Salvator" in Verbindung mit Brauerei gestattet wird, sowie fast sämtliche Kommentatoren). Auch Etablissementsnamen können als Firmenzusätze im Sinne des § 18 Abs. 2 HGB. verwendet werden z. B. „Apotheke zur Rose" (Allfeld 123). Folgende Zusätze sind deshalb beispielsweise als zulässig zu erachten: „Zum Stiefelkönig Bruno Cohn"; „Goldene 110 Felix Bauer"; „Phönix-Eiswerke"; „Excelsior-Cakesfabrik"; „Kaisercafé". Weitere zahlreiche, aus dem Berliner Adreßbuch stammende Beispiele siehe bei Staub § 18 Anm. 12. Unzulässig unter allen Umständen sind Zusätze, die an sich weder zu den in § 18 HGB. für zulässig erklärten noch zu den untersagten gehören, aber wahrheitswidrig sind. Das gilt insbesondere, wenn ein falscher Ort als Domizil angegeben wird (KG. in KGJ. 29 A 210; RJA. 246; ZBlFG. 6, 139; Recht 05, 443; OLGR. 11, 16). Erlaubt ist wiederum die Zufügung des Gründungsjahres, wenn es richtig angegeben ist (RG. 44, 17). Es kann auch ein Kaufmann seiner Fabrik die Bezeichnung „Einzige" geben, wenn sie den Tatsachen entspricht, wenn z. B. seine Fabrik die einzige ist, die einen besonderen patentierten Artikel herstellt. Es ist gemäß RG. 16, 60 und 61 auch ein statthafter Zusatz, daß ein Einzelkaufmann seine Firma in der Art bezeichnet, daß er mit seinem Familiennamen denjenigen seiner Ehefrau verbindet. Ebenso darf die Handel treibende Ehefrau ihrem Namen ihren Mädchennamen beifügen (Opet 75). Staub § 18 Anm. 4 und Düringer-Hachenburg § 18 II verlangen allerdings in diesem Falle noch den Zusatz „geb." oder ähnliches.

Es seien hier schließlich noch zwei Entscheidungen zitiert, die in diesen Zusammenhang passen. So hat das Reichsgericht (54, 185) entschieden, „daß die in § 18 Abs. 2

HGB. gewährte Freiheit der Firmenzusätze nicht davon abhängig gemacht sei, ob ein anderer Geschäftsinhaber sich an demselben Ort befindet, auf dessen Geschäft die freigestellten Angaben über die Art oder den Umfang des Geschäfts oder die Verhältnisse des Geschäftsinhabers gleichfalls zutreffen, mag er selbst von der auch ihm zu Gebote stehenden Freiheit, in diesen Beziehungen einen Zusatz zur Firma zu machen, Gebrauch gemacht haben oder nicht. Eine andere Auffassung würde dahin führen, daß überall da, wo bisher ein Geschäft bestimmter Art nur in der Einzahl bestand, dem Gründer eines zweiten Geschäfts derselben Art verwehrt wäre, seine Firma durch seinen Namen mit dem Zusatz der Art des Geschäfts und seines örtlichen Sitzes zu bilden, obwohl § 18 Abs. 2 HGB. zu wahrheitsgetreuen Zusätzen dieser Art die Befugnis ausdrücklich gewährt. Das liefe auf ein Privilegium des zuerst gegründeten Geschäftes jeder Art hinaus, welches dem Gesetze völlig fremd ist".

Besteht also in Offenbach a/M. eine Firma „Hermann Lehmann, Offenbacher Lederfabrik", so kann Ludwig Krumm, wenn er später auch eine Lederfabrik gründet, firmieren „Ludwig Krumm, Offenbacher Lederfabrik".

Das Oberlandesgericht Dresden hat folgende Entscheidungen gefällt, die auch für Etablissementsnamen praktisch werden kann: „Führt ein seit 16 Jahren in einem Hause Leipzigs bestehendes Café gerade so lange die Bezeichnung „Cafe Bauer" und wird dieser Name auch als Ortsbezeichnung für das Haus selbst wie das Café benutzt, so liegt hierin nicht die Fortführung der Firma „Café Bauer" durch den gegenwärtigen Inhaber, die mangels eines Erwerbstitels unzulässig wäre, sondern „Café Bauer" ist durch den Gebrauch im Publikum Ortsbezeichnung geworden, und damit ein zulässiger Zusatz nach § 18 Abs. 2 HGB., eine nähere Bezeichnung des Gewerbebetriebes, die nicht geeignet ist, eine Täuschung hervorzurufen" (OLGR. 14, 338; ZBlFG. 81, 62; SächsRpfl. A 07, 254; Recht 07, 987).

II.

Zusätze im Sinne des § 18 Abs. 2 HGB. die ein nicht vorhandenes Gesellschaftsverhältnis andeuten.

Solche Zusätze, durch deren Gebrauch der Einzelkaufmann bei dem Publikum die Meinung hervorrufen könnte, es handle sich bei seiner Firma um eine Gesellschaft, sind z. B.: „& Comp.“, „Sohn“, „Gebrüder“, „Geschwister“; „Gesellschaft“, „Bankverein“. Auch wenn der Einzelkaufmann einen stillen Gesellschafter hat, darf er einen derartigen Zusatz in seine Firma nicht aufnehmen; denn der stille Gesellschafter soll eben ein „stiller“, nicht an die Öffentlichkeit hervortretender Gesellschafter sein. Das Reichsgericht (Bolze 10 Nr. 184b) hat in einer allerdings bedenklichen Entscheidung den Zusatz zu der Firma eines Einzelkaufmanns „Union“ als zulässig erklärt, da „Union“ einen Gesellschaftszusatz nicht darstelle. Es handelte sich um die Firma „Zündholzfabrik Union zu Habelschwerdt C. T“. Wenn z. B. die Bezeichnung „Verein“ ganz richtig als ein Gesellschaftszusatz (OLG. Stuttgart in Z. 42, 501) behandelt wird, da sie den Anschein von der Verbindung mehrerer Geschäftsleute zu bestimmten Zwecken erwecke, so muß man dasselbe auch von dem Zusatz „Union“ annehmen, der doch auch auf die Verbindung, Vereinigung mehrerer hinweist. So hat das Kammergericht (OLGR. 6, 341) denn auch den Sinn des Wortes „Union“ als eine Vereinigung von Kräften gedeutet (vgl. Staub § 18 Anm. 12a). Wird auf Grund eines Gesellschaftsvertrages von zwei Gesellschaftern eine Gesellschaftsfirma gegründet, ist dieser Vertrag aber nur fingiert und wird dadurch nur zu erreichen versucht, eine Gesellschaftsfirma führen zu dürfen, während der eine Gesellschafter in Wahrheit gar nicht beabsichtigt, Gesellschafter zu sein, vielmehr tatsächlich nur das Geschäft eines Einzelkaufmanns vorliegt, so wird das Gesetz in unerlaubter Weise umgangen und die Firma ist unzulässig (RG. 37, 58; Z. 46, 481; ähnlich auch RG. 3, 120; OLGR. 6, 341).

III.

Zusätze, die eine Täuschung über die Art des Geschäfts herbeizuführen geeignet sind.

Generell ist zunächst hierzu zu bemerken, daß Bestandteile des Namens niemals unter das Verbot des Abs. 2 fallen, selbst wenn sie geeignet sind, eine Täuschung des Publikums herbeizuführen (Lehmann-Ring § 18 Nr. 6); z. B. es heißt ein Mann Johann Maria Farina. Er darf als Einzelkaufmann Maria Farina firmieren, selbst wenn dadurch der Glaube im Publikum erweckt wird, die Inhaberin sei eine Frau. Auf keinen Fall kann er etwa gezwungen werden, seine anderen Vornamen oder beide in die Firma aufzunehmen. Oder es führt jemand einen Doppelnamen, es führt z. B. der Fürst Isenburg-Birstein für seine Steingutfabrik die Firma „Isenburg-Birsteinsche Steingutfabrik". Auch hier kann der Anschein einer Gesellschaftsfirma erweckt werden und doch ist die Firma zulässig. Um einen Zusatz betreffend die Art des Geschäfts usw. zu einem unzulässigen zu machen genügt es, daß die Beschaffenheit des Zusatzes objektiv geeignet ist, eine Täuschung hervorzurufen, ein Vorsatz des Firmenführers wird nicht gefordert und erst recht nicht, daß eine Täuschung tatsächlich herbeigeführt ist (KG. in Recht 07, 519; vgl. auch Weyl, System der Verschuldensbegriffe S. 469). Erwähnenswert ist hier eine Entscheidung des Oberlandesgerichtes Stuttgart in RJA. 4, 215; ZBlFG. 5, 426, worin das Folgende ausgeführt ist: „§ 18 Abs. 2 ist dahin zu verstehen, daß der Zusatz an sich, so wie er lautet, ohne Rücksicht auf bestehende Verhältnisse und Umstände, auf die der Zusatz nach seinem Wortlaute nicht hinweist, eine Täuschung der in Rede stehenden Art zu erregen geeignet sein muß. Ein Zusatz, der nicht nach seinem Wortlaut, aber nach den bestehenden örtlichen Verhältnissen in den mit diesen mehr oder weniger bekannten Personen eine Täuschung über die Verhältnisse des Geschäftsinhabers hervorzurufen geeignet ist, stellt sich noch nicht als nach § 18 Abs. 2 unzulässig

dar" („Bahnhof-Eisenbahnhotel" mit Rücksicht auf ein früher am Ort befindliches Eisenbahnhotel).

Die Frage, in welchem Zeitpunkt den Firmenzusätzen Eigenschaften beizumessen waren, die eine Täuschung des Publikums in den gedachten Richtungen herbeiführen zu können objektiv geeignet erschienen, so muß auf den Zeitpunkt der Eintragung der Firma oder, falls es sich um einen Kaufmann nach § 1 Abs. 2 HGB. handelt, auf den Beginn des tatsächlichen Gebrauchs des Firmenzusatzes zurückgegangen werden (RG. in HansGerZ. 03 Hauptbl. 176). Andrerseits genügt es, daß der Zusatz zur Zeit der Eintragung bzw. Gründung des Geschäfts den wahren Tatsachen entsprach. Für die Regel wird eine spätere unvorhergesehene Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse es nicht nötig machen, daß der Kaufmann den fraglichen Zusatz ablegen muß. Denn dies würde nach Staub (§ 18 Anm. 11) zur Zertörung von Werten führen, die nach dem Geiste der Gesetzgebung nicht gerechtfertigt ist. Anders liegt die Sache natürlich bei einem Tatbestand, wie er der Entscheidung des Reichsgerichts in Bd. 3, 120 zugrunde liegt, wo von vornherein die Veränderung der Verhältnisse ins Auge gefaßt und beabsichtigt war. In diesem Falle handelt es sich um eine gesetzwidrige Erschleichung des Zusatzes und dieser ist deshalb unzulässig.

Als hierher fallende, über die Art des Geschäfts täuschende Zusätze sind beispielsweise folgende anzunehmen: „Exporthaus", wenn gar kein Export betrieben wird; „Schuhfabrik", wenn es sich tatsächlich nur um ein Verkaufsgeschäft handelt; „Bankier", wenn gar keine Bankgeschäfte, sondern z. B. eine Lotterie-Kollektur betrieben wird. Hierher wird man aber alle die Zusätze reklamehafter Art rechnen müssen, wie „Erste", „Einzige", wenn sie den Tatsachen nicht entsprechen, oder Zusätze wie „Städtische Milch-Kuranstalt"; „Provinzialbank"; „Großherzogl. Hess. Porzellanfabrik", wenn tatsächlich gar keine Beziehungen zu Staat oder Stadt bestehen. In allen diesen Fällen kann nur der Tatbestand ausschlaggebend für die

Frage sein, ob eine objektive Täuschungsmöglichkeit vorliegt. Zu engherzig sollten hier die Gerichte nicht verfahren, da solche Bezeichnungen nach der gewöhnlichen Lebensauffassung derartige Beziehungen zu Stadt oder Staat gar nicht behaupten. Eine genaue Umgrenzung des Begriffs ist überhaupt nicht möglich. Die Judikatur gibt die besten Fingerzeige. Es seien deshalb von neueren Entscheidungen die folgenden hervorgehoben und im übrigen auf die Entscheidungssammlungen, insbesondere das Jahrbuch des Deutschen Rechts und Kaufmann, Handelsrechtliche Rechsprechung verwiesen.

1. Der Zusatz „Pilsner Brauhaus Berlin“ widerspricht nicht dem § 18 Abs. 2, da aus dem Zusatz „Berlin“ ersichtlich ist, daß es sich nicht um echtes Pilsner Bier handelt (RG. in JW. 00, 840).

2. Eine Privatperson darf nicht für ein von ihr betriebenes Handelsgeschäft, das in keiner Beziehung zu der städtischen Verwaltung des Betriebsortes steht, eine Firma dahin annehmen, daß dem Worte Stadt . . . . . der Name des Betriebes (Brauerei) angehängt und demnächst der Vor- und Familienname des Unternehmers hinzugefügt werden (KGJ. 22 A 97; KG. in SächsArch. 12, 572).

3. Es darf sich niemand in seiner Firma als Bankier bezeichnen, wenn er einen rechtlichen Anspruch auf diese Benennung nicht hat, wenn er z. B. nur die Vermittlung von Grundstücksverkäufen und Hypotheken betreibt. Riesser in Bank Arch. 1, 85.

4. Die neugegründete Firma „C. Z. Söhne“ verstößt gegen § 18 Abs. 2; denn sie erweckt öffentlich den Anschein, als ob sie ursprünglich C. Z. geheißen habe und der Zusatz „Söhne“ ein Rechtsnachfolgeverhältnis bedeuten solle. Sie ist deshalb geeignet, eine Täuschung über die Art des Geschäfts herbeizuführen, indem sie es als ein altbegründetes erscheinen läßt und die Tatsache, dass es ein von den derzeitigen Inhabern ins Leben gerufenes ist, verdunkelt (KG. in OLG. 9, 241; KGJ. 28 A. 39; ZBlFG. 5, 334).

IV.

Zusätze, die eine Täuschung über den Umfang des Geschäfts herbeizuführen geeignet sind.

Das generell zu III Ausgeführte gilt hierzu ebenso, wie zu V. Häufig werden über den Umfang täuschende Zusätze zugleich über die Art des Geschäfts falsche Vorstellungen erwecken, da beide Qualitäten mehr oder minder voneinander abhängen, bzw. im Gesellschaftsleben dieselben Voraussetzungen haben. Es genügt aber natürlich, wenn nur nach einem der beiden Gesichtspunkte eine Täuschung hervorgerufen wird. Als hierunter fallende Zusätze wird man anzunehmen haben z. B. die Bezeichnung „Internationaler Schuhbazar", wenn es sich nur um ein Lokalgeschäft handelt, das mit Internationalität nichts zu tun hat; für „Weltgeschäft" gilt dasselbe. Häufig findet sich bei kleinen Geschäften der Zusatz „Engroshaus", während es sich tatsächlich um ein Detailgeschäft handelt, das dem einkaufenden Publikum keineswegs die Vorteile eines Engrosgeschäftes bietet. Ein kleiner Bankier mit geringen Mitteln täuscht, wenn er firmiert „Karl Mohr, Deutsche Bank für Handel und Industrie". Auch hier hat die Judikatur zahlreiche Entscheidungen gezeitigt, die am besten die ratio legis erläutern. Erwähnt seien die folgenden:

1. Der Zusatz „Engros-Lager" ist nur zulässig, wenn das Lager des Firmeninhabers so große Posten Waren enthält, daß dem Publikum der Vorteil des Bezugs aus einem Großgeschäft geboten wird (ZBlFG. 1, 238, KG).

2. Der Zusatz „Fahrrad- und Nähmaschinenhaus" ist nur zulässig, wenn Warenvorräte und Umsatz grösser sind als in einem gewöhnlichen Ladengeschäft der Branche (LG. Düsseldorf in ZBlFG. 2, 888).

Hingegen darf der mit Fahrrädern handelnde Inhaber einer Reparaturwerkstätte seiner Firma „Fahrrad-Manufaktur" beifügen. Manufaktur ist nicht Fabrik (Sächs. OLG. 24, 330).

3. Der Firmenzusatz „Versandthaus" ist geeignet, Täuschungen über Art und Umfang eines Geschäfts herbeizuführen. Er ist nur zulässig bei einem Detailhandel größeren

Umfangs, bei welchem die Waren hauptsächlich im Wege des Versandes mittelst Post, Eisenbahn usw. an die Verbraucher (nicht die Zwischenhändler) zum Verkauf kommen (KG. im Recht 03, 344).

4. Der Zusatz „Bankkommandite" ist bei der Zweigniederlassung eines einzelnen Bankiers nicht zulässig, da man unter Bankkommandit nach dem im Handelsverkehr üblichen Sprachgebrauch nur ein Bankgeschäft versteht, bei welchem eine Bank als Kommanditist beteiligt ist (BankArch. 1, 170).

5. Der Zusatz „Kölner Fahrrad-Börse" zu der Firma einer Fahrradhandlung ist, namentlich wenn es sich um ein unbedeutendes Geschäft handelt, zur Herbeiführung einer Täuschung über die Art und den Umfang des Geschäfts geeignet und deshalb unzulässig (KG. in KGJ. 29 A 86; ZBlFG. 6, 235; OLG. 11, 17).

6. Der Zusatz „Westdeutsche Eisen-Industrie" täuscht über den Umfang des Geschäfts, wenn dieses selbst nur Patente und geschützte Gebrauchsmuster und ein Barkapital von 10000 M hat (KG. in OLGR. 12, 406).

7. Ein Unternehmen darf nur dann als Bank firmieren, wenn es der Begriffsbestimmung entspricht d. h., wenn es ein mit großem Kapital ausgestattetes, in einer handelsrechtlichen Form der juristischen Person betriebenes Unternehmen im Bereiche des Bankiergewerbes darstellt. Nur ausnahmsweise kann abgesehen werden: vom Erfordernisse der Beträchtlichkeit der kapitalistischen Grundlage z. B. bei genossenschaftlichen Vorschußvereinen, vom Erfordernisse des gesellschaftlichen Betriebs bei sehr großem Geschäftskapital (KG. in OLG. 14, 339; ZBlFG. 7, 733; KGJ. A 122; BankArch. 6, 159 und 289; Recht 07 261 und 987).

V.

Zusätze, die eine Täuschung über die Person des Geschäftsinhabers herbeizuführen geeignet sind.

Solche Zusätze würden vor allen Dingen sein die fälschliche Beilegung des Doktor-, des Hoflieferantentitels. Hier

ist der Fall mehrfach streitig geworden, ob jemand, der approbierter Apotheker ist und eine Drogerie betreibt, seiner Firma die Bezeichnung „Apotheker" beifügen darf. Staub will dies nicht zulassen, da das Publikum sich unter einem ein Geschäft betreibenden Apotheker nicht nur einen approbierten, sondern einen konzessionierten vorstelle und deshalb bei ihm leicht die falsche Ansicht hervorgerufen werden könne, die Drogerie sei eine behördlich konzessionierte und deshalb wohl vertrauenswürdigere Drogerie oder gar eine Apotheke mit nebenher laufendem Drogenverkauf. Die oben zitierte Entscheidung des Preußischen Oberverwaltungsgerichts will hingegen das Wort „Apotheker" als firmenrechtlich zulässigen und eintragungsfähigen Zusatz im Sinne des § 18 Abs. 2 HGB. gelten lassen. Man wird wohl einen billigen Mittelweg einschlagen können, wenn man die Führung der Bezeichnung „Apotheker" zuläßt, vorausgesetzt, daß der Inhaber auch wirklich ein solcher ist, falls aus der übrigen Firma nur mit voller Deutlichkeit hervorgeht, daß es sich um eine Drogerie und nicht um eine Apotheke handelt. Warum sollte z. B. die Firma „Zentraldrogerie von Heinrich Machers, Apotheker" oder gar „früherer Apothekenbesitzer" nicht zulässig sein? So sieht man denn auch in vielen großen Städten Drogisten, die frühere Apotheker sind, diese Bezeichnung unbeanstandet führen, ohne daß bisher Klagen über dadurch herbeigeführten Schaden laut geworden wären. Und in der Tat wird man im allgemeinen annehmen dürfen, daß ein früherer Apotheker im Verkauf von Giften, Verbandstoffen, Desinfektionsmitteln besonders zuverlässig sein wird und daß das Publikum bei ihm die Eigenschaften findet, die es bei einem Apotheker voraussetzt. Zu beachten bleibt dabei doch auch immer, daß die Rezeptur dem Drogisten gesetzlich verboten und seine Betätigung dem konzessionierten Apotheker gegenüber erheblich beschränkt ist, so daß eine Täuschung eigentlich ausgeschlossen erscheint. Und tatsächlich ist ja doch schließlich der Apotheker, der sein Examen gemacht hat, Apotheker und darf diese Bezeichnung

im gewöhnlichen Leben auf seiner Visitenkarte, seiner Haustüre führen. Man darf deshalb wohl die Ansicht Staubs hier für zu weitgehend und die Führung der Bezeichnung „Apotheker“ als Firmenzusatz unter den oben erwähnten Kautelen für zulässig halten.

Hierher gehören auch falsche Verwandtschafts- und Geschlechtsbezeichnungen. Es darf eine Firma nicht „Gebrüder Heyne“ firmieren, wenn tatsächliche Inhaber ein Bruder und eine Schwester sind. Und es darf nicht die Firma „Soldan, Vater und Sohn“ geführt werden, wenn der als Sohn auftretende Gesellschafter nur ein Pflegesohn ist. Zu erwähnen sind hier noch Zusätze, die den Beruf oder die frühere Vergangenheit des Geschäftsinhabers betreffen wie „Pfarrer“, „Major a. D.“, „früher Prokurist bei N. N.“ Lehmann-Ring (§ 18 Nr. 9) will hier der strengeren Auffassung, wie sie früher herrschte, Rechnung getragen wissen und bezieht sich auf die Entscheidungen RG. 3, 166; Johow 10, 15; Adler u. Clemens Nr. 1273, 1355. Es sind das die unter der Herrschaft des früheren Rechtes ergangenen, oben bereits zitierten Entscheidungen, die Phantasienamen und reine Reklamebezeichnungen nicht zulassen wollen. Es ist aber nicht einzusehen, warum für einen beschränkten Kreis von Bezeichnungen, wie die oben erwähnten, eine andere, strengere Behandlung gelten soll wie für alle anderen Zusätze, die eine Unterscheidung bezwecken. Ist die Bezeichnung als „Major a. D.“ oder „früher Prokurist bei N. N.“ wahr, so ist sie auch zulässig, falls sich nicht aus den sonstigen Verhältnissen die Täuschungsmöglichkeit ergibt. Wird wirklich der Anschein eines besonders günstigen Angebots geweckt, so wird helfend unter Umständen das Wettbewerbsgesetz eingreifen können. Also auch auf derartige Bezeichnungen müssen die allgemeinen, oben entwickelten Rechtsgrundsätze Anwendung finden. Von neueren, die hier behandelten Fragen näher beleuchtenden Entscheidungen sei auf folgende verwiesen:

1. Der Zusatz zu der Firma eines Drogisten „Apotheker“ ist unzulässig, da die Täuschung nahe liegt, daß das Geschäft

eine staatliche konzessionierte Apotheke sei (LG. Wetzlar in ZBlFG. 1, 25).

2. Der Firmenzusatz „früher Sch." ist geeignet, die Täuschung herbeizuführen, daß der neue Geschäftsinhaber das bisher von verschiedenen Mitgliedern der Familie Sch. geführte Geschäft erworben habe und fortführe. Ein solcher Zusatz stellt sich als Aufnahme des Namens „Sch." in die neue Firma dar (OLG. Kassel in OLGR. 10, 228; ZBlFG. 5, 801; SeuffArch. 305; Recht 05, 257).

3. Es ist unzulässig, daß ein Kaufmann die von ihm neu gegründete Firma aus dem Namen seines Vaters mit dem Zusatze „Sohn" bildet (OLG. Darmstadt in DJZ. 07, 776).

4. Besteht eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung aus 4 Gesellschaftern, so darf sie nicht „A. & O., G. m. b. H." firmieren, da dies die Täuschung hervorrufen würde, als seien A. & O. die einzigen Gesellschafter; es bedarf vielmehr in diesem Falle eines Firmenzusatzes, aus dem hervorgeht, daß die in der Firma der Gesellschaft mit beschränkter Haftung als Gesellschafter genannte Person nicht die einzigen Gesellschafter sind (KG. in RJA. 7, 55; BauersZ. 14, 182; MecklZ. 25, 251).

5. Zu den Verhältnissen, über welche die Firma nicht täuschen darf, gehören die in ihr angegebenen Verwandtschafts- und Geschlechtsbezeichnungen; die Firma einer offenen Handelsgesellschaft, welche die Gesellschafter fälschlich als Gebrüder bezeichnet, verstößt daher gegen § 18 Abs. 2 HGB. (OLG. Jena in ThürBl. 07, 215).

II. Kapitel.

Allgemeines über das Handelsgeschäft

§ 7.

Das Handelsgeschäft. Begriff und Rechtsnatur.

Der Begriff „Handelsgeschäft“ ist im Gesetz nicht definiert, ebensowenig in der Denkschrift und dem Kommissionsbericht. Der Begriff ist auch kein fest begrenzter und kann verschiedene Bedeutungen haben. Was unter einem Handelsgeschäft im Sinne der §§ 22 ff. HGB. zu verstehen ist, muß deshalb aus dem Zusammenhange heraus nach Handels- und kaufmännischem Sprachgebrauch bestimmt werden. Schon unter der Herrschaft des alten Handelsgesetzbuches wurde lebhaft über den Begriff „Handelsgeschäft“ gestritten. Insbesondere Behrend hat sich mit dieser Frage befaßt. In seiner Abhandlung: „Über die Haftung des Firmenerwerbers für die vor seiner Geschäftsübernahme unter dem Namen der Firma kontrahierten Passiva“ in der Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege in Preußen Bd. 4 S. 429 ff. hat er die Ansicht aufgestellt, daß Geschäft oder Handelsgeschäft soviel bedeute wie Geschäftsfonds, Handelsvermögen d. h. es sei derjenige Teil des Vermögens, der den Zwecken eines bestimmten Gewerbebetriebes gewidmet ist. Zum Geschäft in diesem Sinne gehörten die Aktiva und Passiva des Geschäftes. Unter ersteren versteht er:

1. die für den Gewerbebetrieb bestimmten körperlichen Gegenstände, insbesondere die Waren, Fabrikvorräte, Geschäftsutensilien, der in der Geschäftskasse vorhandene Barbestand, Wertpapiere, Handelsbücher, Urkunden über Rechts-

geschäfte, desgleichen aber auch Immobilien, die für den Betrieb des Handelsgewerbes bestimmt sind (Fabrikgrundstück usw.);

2. die unkörperlichen Sachen (Rechte), die in Beziehung zu dem Handelsgewerbe stehen, sowohl die dinglichen wie persönlichen Rechte, von denen letztere vorzugsweise als Aktiva bezeichnet werden.

Behrend zählt dann vier verschiedene Bedeutungen des Wortes Handelsgeschäft auf:

1. das einzelne nach Handelsrecht zu beurteilende Rechtsgeschäft;

2. die gewerbliche Tätigkeit eines Kaufmanns in ihrer Gesamtheit, also ein Inbegriff von wirklichen oder bloß möglichen Handlungen, deren gemeinsamer Mittelpunkt in der Richtung auf das Handelsgewerbe zu suchen ist (der Inbebegriff des Handelsgeschäfts im subjektivem Sinn);

3. das Handelsvermögen, d. h. der Inbegriff der Rechtsverhältnisse, die aus dem Betriebe des Handelsgeschäfts hervorgegangen und für die Zwecke desselben bestimmt sind, da diese alle dem Vermögensrechte angehören (Inbegriff des Handelsgeschäftes im objektiven Sinn);

4. das Handelsetablissement oder Geschäftslokal.

Es ist selbstverständlich, daß die Begriffe sub 1, 2 und 4 für die hier in Betracht kommende Frage nicht zu gebrauchen sind. Behrend scheidet sie denn auch selber aus und identifiziert Handelsgeschäft und Handelsvermögen, indem er auch auf die ratio legis hinweist und ausführt: die Gunst des Publikums, das dem Geschäftsinhaber geschenkte Vertrauen hafte erfahrungsgemäß zum Teil an der Firma oder dem Geschäftsnamen. Das Renommee einer Firma aber beruhe darauf, daß sie die reellen Grundlagen, durch die das allgemeine Zutrauen des Publikums erworben worden sei, diesem immer von neuem in Erinnerung bringe. Wenn es daher einerseits dem Verkehr gegenüber eine unbillige Härte wäre, die Übertragung bestehender Firmen unter allen Umständen abzuschneiden, so würde es doch auch andrerseits auf eine sei-

tens des Gesetzgebers nicht zu begünstigende Reklame hinauslaufen, wenn man die Übertragung der nackten Firma ohne die angedeuteten reellen Grundlagen gestatten wollte. Diese Grundlagen beständen aber, von der Persönlichkeit des jeweiligen Geschäftsinhabers abgesehen, in nichts anderem als in dem Handelsvermögen. Mit dieser Definition Behrends stimmt Hahn überein: „Handelsgeschäft ist der Inbegriff aller Rechtsverhältnisse, welche mit dem Betriebe des Handelsgewerbes in Beziehung stehen, die Aktiv- und Passivforderungen aus Handelsgeschäften, das Eigentum an vorhandenen Waren als Objekten beabsichtigter Handelsgeschäfte und an den über frühere Handelsgeschäfte aufgenommenen Urkunden, den Handelsbüchern mit den dazu gehörigen Belegen; ferner das Eigentum und dingliche Rechte an den Handlungs-, namentlich Fabriklokalitäten, oder die obligatorischen Rechte in bezug auf dieselben."

Von diesen beiden Kommentatoren wird also der Begriff des Handelsvermögens als identisch mit dem des Handelsgeschäftes in den Vordergrund geschoben und der Nachdruck allein auf die beiden Komponenten „Aktiva" und „Passiva" gelegt. Nur der Vermögenskomplex, dargestellt durch das Ergebnis der Bilanz, soll das Handelsgeschäft ausmachen. Es ist zweifellos, daß dieser Begriff den kaufmännischen Verkehrsanschauungen als viel zu eng nicht entspricht. Der Preis, der für ein Handelsgeschäft bezahlt wird, ist häufig oder vielmehr meist ein viel höherer, als er sich aus einer rein rechnungsmäßigen Vergleichung der Aktiven und Passiven ergibt. Und dieser Mehrpreis wird eben bezahlt für die verschiedenen, in der Geschäftsbilanz nicht mit aufgeführten und meist auch gar nicht aufführbaren immateriellen Güter, wie den Kredit, den Ruf des Geschäfts, die Beziehungen zu den Kunden, die Fabrikationsgeheimnisse, die Kenntnis der Bezugs- und Absatzverhältnisse. Alle diese immateriellen Güter gehören zu dem Inbegriff von Sachen und Rechten, die der Veräußerer des Geschäfts auf den Erwerber zu übertragen pflegt und die häufig einen viel höheren

Wert darstellen als das mehr oder minder gut assortierte Warenlager oder die Menge der vorhandenen Geschäftsutensilien. Gerade auf ihrer Übertragung, auf der Zugänglichmachung dieser Beziehungen wird meist eine gedeihliche Fortführung des Geschäftes beruhen. Man wird deshalb behaupten müssen, daß das Handelsgeschäft begrifflich nicht nur die Aktiven und Passiven umfasse, sondern daß als sehr wesentliche, ja meist unentbehrliche Bestandteile hinzutreten müssen jene oben gekennzeichneten immateriellen Güter.

So ist denn auch bereits das Reichsoberhandelsgericht abgesehen von zahlreichen anderen Entscheidungen in seiner Entscheidung vom 21. Februar 1871 Bd. 2 S. 46 ff. jener Auffassung entgegengetreten, indem es die Verwechslung des Begriffs „Handelsgeschäft" mit dem des „Handelsvermögens" zurückwies. Daß diese Begriffe etwas Verschiedenes bezeichneten, gehe schon daraus hervor, daß, wenn ein Kaufmann sein Geschäft plötzlich schließe, seine Firma im Handelsregister streichen lasse, dies auch öffentlich bekannt mache, womit denn dies Handelsgeschäft offenbar gänzlich verschwunden sei, das Handelsvermögen als solches unverändert bestehen bleibe. Auch pflege der Kaufmann unter dem „Handelsgeschäft" nur an die mit einer bestimmten Räumlichkeit oder mit einem bestimmten Namen oder mit beiden verknüpfte Gelegenheit zum Betriebe eines Handelsgewerbes zu denken, bei deren Erwerb es ihm darum zu tun sei, daß der, welcher die Handlung bisher betrieben, zurücktrete, diese Art des Geschäftes aufgebe und daß er, der Erwerber, indem ihn jener bei seinen Handelsfreunden empfiehlt und das Vertrauen, welches er bis dahin genossen, auf seinen Nachfolger zu übertragen bittet, die Verbindungen und Kundschaften erhalte, worin jener bisher gestanden.

Diese Meinung vertreten auch Regelsberger S. 12 und wohl auch im Effekt Simon, welcher unter „Handelsgeschäft" nur den „Betrieb des Handelsgewerbes" verstehen will. Sie, insbesondere Regelsberger, gehen nun andrerseits wieder zu weit, indem sie den Satz aufstellen, daß, wenn bei der Ver-

äußerung eines Geschäfts der Ausdruck Handelsgeschäft gebraucht werde, von den Parteien die Aktiven und Passiven nicht mitgemeint seien, daß es vielmehr im Interesse des Käufers liege, daß der Übergang der Aktiven und Passiven ausgeschlossen werde. Dem muß vor allem entgegengehalten werden, daß für den Erwerber die Übernahme der Aktiven und Passiven die sich bei einigermaßen genügender Buchführung genau festellen und übersehen lassen, insofern einen gewissen Wert hinsichtlich der Fortsetzung des übernommenen Geschäftsbetriebes darstellen, als er so viel leichter in Verbindung mit den seitherigen Kunden und Lieferanten verbleibt, die bislang von seinem Veräußerer gegewinnbringend gepflogenen Beziehungen also schon durch diese Übernahme weiter pflegen kann. Nur insoweit ist ihnen Recht zu geben, als der Übergang der Aktiven und Passiven auf den Erwerber nicht ein notwendiger Bestandteil des den Erwerb des Geschäfts vermittelnden Übertragungsaktes ist. Für gewöhnlich bilden die Aktiven und Passiven eines Handelsgeschäfts einen Bestandteil, aber eben nur einen Bestandteil des Handelsgeschäfts. Sie können von diesem Übergang aber ausgeschlossen werden, da neben ihnen noch sehr wesentliche andere Bestandteile vorhanden sind, die allein den Begriff eines „Handelsgeschäfts“ erfüllen können. Richtig ist ja, daß in der Kommission zur Beratung des alten Handelsgesetzbuches beantragt wurde, daß die Übertragung eines Handelsgeschäfts nur dann als erfolgt angesehen werden solle, wenn Aktiva und Passiva mitüberzugehen bestimmt seien (vgl. Entsch. OHG. Stuttgart vom 9. Juni 1907 in SeuffArch. Bd. 23 Nr. 243). In den diesbezüglichen Protokollen (S. 39) ist denn auch niedergelegt, daß kein Zweifel darüber bestanden habe, daß es sich nur um Fälle handeln könne, in welchen neben der Firma das Handelsgeschäft selbst, d. h. dessen Aktiven und Passiven ohne völlige Liquidation der letzteren, übernommen werde. Dieser Antrag wurde nicht Gesetz und wurde auch innerhalb der Kommission gegen diese Auffassung, daß unter einem „Handelsgeschäft“ nur

dieser „aus Aktiven und Passiven zusammengesetzte Vermögenskomplex“ verstanden werden sollte, heftig polemisiert (vgl. KommB. S. 1433, 1434). Die Entwicklung der Judikatur hat sich dieser Kommissionsauffassung keineswegs angeschlossen. In der bereits an anderer Stelle (Die Kontinuität des Geschäftsbetriebes) zitierten Reichsgerichtsentscheidung (Bd. 1, 263 ff.) wird gerade hierzu das Folgende ausgeführt: „Gewinnt es auch nach der Hervorhebung der Aktiven und Passiven in der soeben mitgeteilten Begründung den Anschein, als ob unter Handelsgeschäft nur der Vermögenskomplex verstanden werde, so würde doch solche enge Auffassung des Begriffs des Geschäfts, wobei dessen Wesen als eines organischen Ganzen, bei welchem die Produktivmittel nur durch den damit verfolgten Zweck, durch die Unternehmung, für welche sie bestimmt sind, Bedeutung gewinnen, völlig außer Betracht bliebe, mit dem Gedanken, welcher den Art. 22 und 24 zugrunde liegt, kaum vereinbar sein. Abgesehen nämlich davon, daß eine solche enge Auffassung des Geschäfts von der Voraussetzung ausgehen müßte, daß jeweils sämtliche Aktiva und Passiva übertragen würden (welche Voraussetzung aber schon dann nicht zutrifft, wenn der austretende Gesellschafter aus dem Geschäfte abgefunden wird), könnte von einer Fortführung der Aktiven und Passiven schon der Natur der Sache nach, welche in dieser Beziehung einen ständigen Wechsel bedingt, kaum die Rede sein.“ Daß sich im übrigen der Begriff des Handelsgeschäfts im Sinne des § 22 HGB. nicht mit dem Begriffe des Handelsvermögens decken kann, geht schon aus der Bestimmung des § 25 HGB. hervor, nach der die Übernahme derselben durch Vertrag ausgeschlossen werden kann. Wenn aber der Gesetzgeber trotz dieser Möglichkeit, von der oft genug im kaufmännischen Leben Gebrauch gemacht wird, die Übertragung eines Handelsgeschäfts mit Firma zuläßt, so muß eben angenommen werden, daß außer diesen Aktiven und Passiven noch andere wesentliche Bestandteile des Handelsgeschäfts vorhanden sein müssen, die allein für sich ein „Handelsgeschäft“ darzustellen ver-

mögen. Und diese Bestandteile sind eben die oben mehrfach erwähnten immateriellen Güter, zu denen in erster Linie die Chancen des Geschäfts gehören. Man wird sich also den Definitionen, die bei allen Kommentatoren inhaltlich mehr oder minder kongruent und im Endziel immer gleichbedeutend sind, anschließen und das Ergebnis mit Seligstein dahin zusammenfassen können: „Das Handelsgeschäft ist die dem Handelsgewerbebetriebe dienende Anstalt oder das Unternehmen, nämlich ein Inbegriff:

a) von aktiven und passiven Vermögensstücken, welche das Handelsvermögen bilden;
b) von Arbeitskräften und zwar eigenen und fremden;
c) von nur tatsächlichen Verkehrsbeziehungen und Vorteilen, Absatz- und Bezugsverhältnissen, genannt Kundschaft.

Dieses Ergebnis stimmt mit der folgenden Definition Staubs durchaus überein: „Unter dem Handelsgeschäft versteht man den Inbegriff alles dessen, was zum Betriebe des konkreten Handelsgewerbes gehört oder, wie das Kammergericht (OLGR. 4, 146) es ausdrückt, den im betreffenden Handelsgewerbe steckenden Vermögenswert ausmacht. Im weitesten Umfange gehören dazu: die zugehörigen beweglichen und unbeweglichen Gegenstände, die zugehörigen Rechte, die sonstigen Verkehrsobjekte z. B. Fabrikationsgeheimnisse, Kenntnis von Bezugs- und Absatzquellen, die Beziehungen zu den Kunden und die sogenannten Chancen des Geschäfts d. h. die auf den bisherigen Betrieb, auf die durch ihn geschaffenen Beziehungen sich stützenden Aussichten für den weiteren Geschäftsbetrieb, und auf der anderen Seite die Verbindlichkeiten des Geschäfts.“ In neuester Zeit hat sich Isay, Das Recht am Unternehmen, in ebenso gründlichen wie interessanten Ausführungen mit dieser Frage auseinandergesetzt (vgl. insbesondere Kap. XV 26, 30). Er unterscheidet unter den Chancen drei Gruppen. Die eine, gebildet durch die zweckmäßige Einrichtung und Gliederung des Unternehmens; die zweite, bestehend in den Erfahrungen, welche in jedem Unternehmen allmählich angesammelt und

durch mündliche und schriftliche Tradition von einer Generation der Inhaber, Angestellten und Arbeiter auf die andere als wertvoller Schatz vererbt werden; so die Kenntnis der Bezugsquellen und der Kunden, besonders günstige Fabrikations- und Arbeitsmethoden, kurz alles das, was man im allgemeinen als Geschäftsgeheimnisse bezeichnet; und die dritte, umfassend die Beziehungen zu Lieferanten und Kunden, Ruf, Ansehen und Kredit des Geschäfts. Er definiert schließlich den Begriff des Handelsgeschäfts oder weitergreifend den hier identischen Begriff des Unternehmens folgendermaßen:

„Das Unternehmen ist ein zweckmäßig organisierter Inbegriff von Personen und wirtschaftlichen Gütern, eine Vereinigung verschiedener produktiver Kräfte („Natur, Kapital und Arbeit").

Im Unternehmen verkörpert sich ein durch die Arbeit des Unternehmers und seiner Organe geschaffenes Immaterialgut, genau so wie sich in der Maschine eine Erfindungsidee, in der Statue ein künstlerischer Gedanke verkörpert. Jenes Immaterialgut besteht in der inneren Organisation des Unternehmens, in der darin angesammelten Geschäftserfahrung, sowie in den Beziehungen des Unternehmens zu Lieferanten und Kunden".

Auch die Judikatur teilt diese Ansicht durchaus. Es sei auf die folgenden Entscheidungen verwiesen: RG. 1, 268; 9, 83; 25, 3; 37, 178; 58, 125; RG. in JW. 96, 36 und 04, 99; KG. in OLGR. 4, 146; ROHG. 2, 51; Bolze 6 Nr. 169; 8 Nr. 156 und 161.

Ist also bei der Übertragung eines Handelsgeschäfts vertraglich nichts anderes ausgemacht worden, — und bei dem Übergang eines Handelsgeschäfts mit Firma von Todes wegen wird dies die Regel sein —, so wird man unter Handelsgeschäft den oben erläuterten Inbegriff in weitestem Umfange zu verstehen haben (vgl. Staub § 22 Anm. 4 und Anm. 23; Makower § 22 I d; Düringer-Hachenburg § 22 II 2; Goldmann § 22 S. 89; Cosack § 14; Ritter, Vorträge S. 37; Gareis § 15 I; teilweise a. A. Lehmann-Ring § 25 Nr. 2 und § 22 Nr. 2).

III. Kapitel.

Die Firma und ihre Träger.

§ 8.

Das Subjekt des Firmenrechts.

Der § 17 zusammen mit § 4 HGB. ergibt, daß nur der Kaufmann d. h. der Kaufmann im Sinne der §§ 1, 2, 3 HGB., der Vollkaufmann berechtigt bzw. verpflichtet ist, eine Firma zu führen. Der Begriff des Kaufmanns wird im neuen Handelsgesetzbuch im ersten Abschnitt des ersten Buches bestimmt. Während das alte Handelsgesetzbuch in Art. 4 als Kaufmann denjenigen bezeichnete, der gewerbsmäßig Handelsgeschäfte betreibt, bezeichnet der § 1 des neuen Handelsgesetzbuchs den als Kaufmann, der ein Handelsgewerbe betreibt. Also nicht der Begriff des Handelsgeschäfts, sondern der des Handelsgewerbes wird zugrunde gelegt. Das neue Handelsgesetzbuch will, wie Lehmann-Ring (Vorbem. zu § 1) sagt, nicht ein Spezialrecht für die Tatbestände des Handels, sondern prima facie das Recht des Kaufmann sein (vgl. Schirrmeister, Der Kaufmannsbegriff nach geltendem und künftigem deutschen Handelsrecht in Z. 48, 418; 49, 29). Treffend hat deshalb auch der Reichstagsabgeordnete Traeger bei der ersten Beratung des Entwurfs zum neuen Handelsgesetzbuch im Plenum gesagt: „Nach dem bestehenden Handelsgesetzbuche macht das Geschäft den Kaufmann, während nach dem Entwurf der Kaufmann das Geschäft machen soll". Und demselben Gedanken gab der Staatssekretär Dr. Nieberding Ausdruck, indem er ausführte: „Der Entwurf will kein Gesetzbuch für Handelsgeschäfte sein, er will ein Gesetzbuch sein für das Handelsgewerbe und deren Unternehmer, und das sind die

Kaufleute." Der alte Begriff des Kaufmanns, der sich nach der Art der von ihm betriebenen Geschäfte richtete, ist also fallen gelassen, der neue Begriff wird bestimmt nach „der Art des Gewerbes, das jemand betreibt, nach dem Gesamtcharakter der geschäftlichen Operationen, die der Unternehmer vornimmt". Aus dem objektiven System des alten Handelsgesetzbuches ist ein subjektives System, ein Kaufmannsrecht geworden.

Im geschäftlichen Leben werden nun allerdings häufig auch die geschäftlichen Bezeichnungen von Nichtkaufleuten und Minderkaufleuten „Firma" genannt. Deshalb sind sie aber noch lange nicht Firmen im Rechtssinn, „da das Institut der Firma allein dem Handelsrechte angehört, als eine Firma im Rechtssinne also nur eine Firma im Sinne des Handelsgesetzbuchs angesehen werden kann" (vgl. Kent, Warenzeichengesetz Nr. 504; Goldschmidt 19, 343; 19, 588; SächsOVG. 1295; Jahrb. II, 2 § 17 Nr. 2; a. A.: Kohler Markenrecht S. 124, 125; Endemann bei Busch 32, 64; Alexander Katz in ZgR. 3, 354). Sehr bedenklich erscheint der Beschluß des OLG. Hamburg vom 10. Juli 1905 betr. die Streitfrage, ob eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts firmieren darf oder nicht (SeuffArch., Neue Folge, Bd. 6 Nr. 41). Es handelte sich um eine Bremer Firma „Mühl und Kramer", deren Inhaber gemeinschaftlich ein nichtkaufmännisches Geschäft betrieben, in dem sie Bauzeichnungen anfertigten und Bauten beaufsichtigten. Dabei versahen sie ihr Geschäftslokal, sowie ihre Geschäftspapiere mit der Bezeichnung „Mühl & Kramer, Architekten". Das Amtsgericht und das Landgericht als Beschwerdeinstanz verboten die Führung dieser Firma. Auf weitere Beschwerde hob das Oberlandesgericht diesen Beschluß auf, da es gesetzlich nicht verboten sei, zur Bezeichnung für ein solches gemeinschaftlich betriebenes Geschäft die Familiennamen der Inhaber, verbunden durch das Zeichen „&" zu benützen und da demnach die mit Beschwerde angefochtene Verfügung auf einer Verletzung des Gesetzes beruhe. Schließt man sich der richtigen Ansicht derjenigen

an, die die Führung einer Firma nur dem Vollkaufmann zubilligen, so ist dieser Beschluß unrichtig, ganz abgesehen davon, daß durch jene Bezeichnung bei dem Publikum auch die falsche Ansicht hervorgerufen wird, es handle sich hier um eine offene Handelsgesellschaft oder eine Kommanditgesellschaft im Sinne des § 19 HGB. Das Kammergericht hat denn auch folgerichtig in einem ähnlichen Fall entgegengesetzt entschieden (OLGR. 11, 380; Jahrb. 04 S. 559 Nr. 17, 2) und die Entscheidung damit begründet, daß eine derartige Bezeichnung sich als kaufmännische Firma darstelle. Der Gebrauch des &-Zeichens zur Verbindung zweier Namen miteinander sei nach Auffassung des Geschäftslebens ein charakteristisches Merkmal für das Bestehen einer Handelsgesellschaft. Ihren bürgerlichen Namen dürften zwar Minderkaufleute und Nichtkaufleute unbeschränkt in allen Beziehungen zur Außenwelt gebrauchen, also ohne Rücksicht auf das für Vollkaufleute bestehende Firmenrecht auch als Geschäftsnamen. Jedoch dürften sie ihrem Geschäftsnamen nicht eine solche Gestaltung geben, daß er nach der Auffassung im Verkehrsleben sich als eine kaufmännische Firma darstelle. Diese Entscheidung dürfte durchaus der ratio legis, dem Verkehrsbedürfnis und der herrschenden Meinung entsprechen.

Das Handelsgesetzbuch unterscheidet zwei Arten von Handelsgewerben, deren eine Art im § 1, deren andere in den § 2 und § 3 Abs. 2 behandelt wird. In der Literatur finden sich dafür die verschiedenartigsten Bezeichnungen und ihre Zusammenstellung ergibt eine wahre Leporelloliste. So gebraucht Staub (6./7. Auflage) den Ausdruck „reine“ (§ 1) und „hypothetische“ (§§ 2, 3), Lehmann-Ring „natürliche“ (690) „Handelsgewerbe aus sich“ (§ 1) und „künstliche“ bzw. „Handelsgewerbe kraft Registrierung“ (§§ 2, 3), Goldmann entsprechend „absolute“ und „relative“, Simon „Muß-“, „Soll-“ und „Kann-Kaufleute“, Cosack „Kaufleute kraft Gesetzes“ und „kraft Eintrags“, Dernburg „Berufs“- und „Register“-Kaufleute, Staub (8. Auflage) „Handelsgewerbe kraft Gegen-

stand des Gewerbes“ und „kraft Betriebsart des Gewerbes und Eintragung“.

Die natürlichen Handelsgewerbe, um die Bezeichnung von Lehmann-Ring zu gebrauchen, sind diejenigen Gewerbebetriebe, die eine der im § 1 Abs. 2 bezeichneten Art von Geschäften, die sogenannten Grundhandelsgeschäfte (vgl. D. S. 8 und 9) zum Gegenstande haben. Wer eines der dort genannten Geschäfte gewerbsmäßig betreibt, betreibt ein Handelsgewerbe und ist Kaufmann im Sinne des Handelsgesetzbuches, mag er wollen oder nicht. Er ist ein „Mußkaufmann“ (vgl. Simon, Beiträge zur Beurteilung des Entwurfs eines HGB. S. 27; Hahn, Materialien Bd. VI S. 472; Stenographischer Reichstagsbericht S. 4562 und 4563). Die Eintragung in das Handelsregister ist nicht Voraussetzung für die Qualität als Vollkaufmann. Die Eintragung hat hier lediglich deklaratorische Bedeutung. Kaufleute sind daher auch die Körperschaften des öffentlichen Rechts, welche solche Handelsgewerbe betreiben, so z. B. der Staat (Prot. 540; 1260) als Beförderer von Personen und Gütern in Eisenbahnen und im Postbetriebe (ROHG. 3, 405; 12, 314; 15, 35; 17, 127; 23, 11; RG. 20, 122); als Unternehmer von Banken, Schiffahrsbetrieben, Fabriken (D. S. 42), eine Gemeinde als Unternehmerin einer elektrischen Bahn, einer Gasanstalt (D. S. 42; Johow 12, 18; Makower § 1).

Die künstlichen Handelsgewerbe sind die in § 2 und § 3 HGB. behandelten, bei denen zu den gesetzlichen Voraussetzungen noch die Eintragung in das Handelsregister hinzutreten muß. Man unterscheidet hier wieder Sollkaufleute (Beispiele s. bei Lehmann-Ring § 2 Nr. 1 und Düringer-Hachenburg § 2 VII), d. h. solche, bei denen nicht die Natur des Geschäfts, sondern die Art und der Umfang des Gewerbes, die unmittelbar dem Geschäft den kaufmännischen Charakter aufdrücken, entscheidet, deren Gewerbebetrieb einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert. Es müssen also die in kaufmännischen Geschäften üblichen Einrichtungen, insbesondere

kaufmännische Buchführung erforderlich sein und das Geschäft muß einen einigermaßen erheblichen Umfang haben (Johow Neue Folge 2, 68 A; OLGR. 2, 142; D. S. 8; vgl. auch bezüglich der erforderlichen Merkmale Staub § 2 Anm. 8). Diese Sollkaufleute sind zur Eintragung in das Handelsregister verpflichtet und können zur Eintragung durch Ordnungsstrafen angehalten werden. Erst diese Eintragung verleiht ihnen den Charakter von Vollkaufleuten, nicht etwa bereits die Tatsache, daß sie ihr Geschäft in dem vom Gesetz gezeichneten Umfang betreiben. Demnach ist auch der Handwerker registerpflichtig, wenn Umfang und Art seines Handwerksbetriebes die in kaufmännischen Geschäften üblichen Einrichtungen erfordern (Dernburg I § 97; Staub § 2 Anm. 10; Johow 21 A S. 71; abweichend BayObLG. in OLGR. 8, 250). Und weiter unterscheidet man die Kann-Kaufleute des § 3 HGB., d. h. die, in deren Belieben es gestellt ist, ob sie durch Eintragung Kaufmannsqualität erwerben wollen oder nicht. Es trifft dies zu für Forst- und Landwirte, auf die als Urproduzenten die Bestimmungen der § 1 und § 2 HGB. keine Anwendung finden. Betreiben diese in Verbindung mit ihrer Land- oder Forstwirtschaft ein nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erforderndes Nebengewerbe, so können sie sich in das Handelsregister eintragen lassen und dadurch Kaufleute im Sinne des Handelsgesetzbuches, Vollkaufleute werden. Das land- bzw. forstwirtschaftliche Unternehmen muß das Hauptunternehmen bilden (RG. 1, 267; BayObLG. in OLGR. 7, 380; Beispiele s. bei Staub § 3 Anm. 5; Goldmann § 3 S. 26). Verpflichtet sind diese Unternehmer nicht zur Eintragung, können demgemäß auch nicht durch Ordnungsstrafen zur Eintragung angehalten werden, selbst wenn sie in ihrem Nebenbetriebe Grundhandelsgeschäfte gemäß § 1 betreiben sollten.

Man hat endlich noch sogenannte fingierte Handelsgewerbe angenommen. Bei einer Anzahl von juristischen Personen nämlich wie Aktiengesellschaften, Kommanditgesellschaften auf Aktien, Gesellschaften mit beschränkter

Haftung und eingetragenen Genossenschaften wird unter allen Umständen Kaufmannsqualität angenommen, unter Umständen also ein Handelsgewerbe im Sinne des § 1 HGB. fingiert (Lehmann-Ring § 1 Nr. 11). Sie alle gelten als Vollkaufleute ohne Rücksicht auf den Gegenstand des Unternehmens und einerlei, ob sie in Wirklichkeit bezüglich der Form und des Umfanges ihrer Betätigung nicht über das Handwerksmäßige oder Kleingewerbliche hinausgehen. Hierher gehören auch die juristischen Personen des öffentlichen Rechts: Staat, Gemeinde, Kommunalverband (§ 36 HGB.). Alle diese juristischen Personen sind also berechtigt, eine Firma zu führen. Zu beachten bleibt jedoch, daß für diese Art von juristischen Personen ebenso wie für die Handelsgewerbetreibenden im Sinne der §§ 2 und 3 Abs. 2 HGB. der Eintrag in das Handelsregister konstitutive, rechtsbegründende Wirkung hat. Sie entstehen erst mit der Eintragung und erwerben erst mit diesem Augenblick Vollkaufmannsqualität und damit das Recht zur Firmenführung (vgl. HGB. §§ 200, 210, 320 Abs. 3; G. vom 1. Mai 1889 §§ 13, 17; G. vom 20. April 1892 §§ 11, 13).

Im § 6 HGB. ist dann eigentlich überflüssigerweise noch bestimmt, daß die oben behandelten in Betreff der Kaufleute gegebenen Vorschriften auch auf die Handelsgesellschaften Anwendung finden sollen und daß die Rechte und Pflichten eines Vereins, dem das Gesetz ohne Rücksicht auf den Gegenstand des Unternehmens die Eigenschaft eines Kaufmanns beilegt, durch die Vorschrift des § 4 Abs. 1 HGB. (Ausnahmebestimmungen für Handwerker und Kleingewerbetreibende) nicht berührt werden. Handelsgesellschaften in diesem Sinne sind: die offene Handelsgesellschaft (§ 161 Abs. 1 HGB.), die einfache Kommanditgesellschaft (§ 161 Abs. 2 HGB.), die Aktiengesellschaft (§ 210 Abs. 2 HGB.), die Kommanditgesellschaft auf Aktien (§ 320 Abs. 3 HGB.) und die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (§ 13 G. betr. GmbH.). Die Genossenschaft ist keine Handelsgesellschaft; sie soll nach dem Gesetz vom 20. Mai 1898 (§ 17) nur als Kaufmann im Sinne des Handelsgesetzbuchs gelten, soweit das Genossen-

schaftsgesetz keine abweichenden Vorschriften enthält (Parisius-Crüger § 17). Was die Versicherungsgesellschaften auf Gegenseitigkeit angeht, so bestimmt das Gesetz vom 12. Mai 1901, daß diese, falls ihnen die Rechtsfähigkeit verliehen ist, den Vorschriften im ersten und dritten Buch des Handelsgesetzbuches unterstehen mit Ausnahme der §§ 1—7. Die firmenrechtlichen Vorschriften finden also auf sie Anwendung.

Von dem Rechte zur Firmenführung sind gemäß § 4 HGB. die Handwerker (vgl. Staub 8. Aufl. S. 67 Anm. 8) und solche Personen ausgeschlossen, deren Gewerbebetrieb nicht über die Art und den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht, die sogenannten Minderkaufleute. (Literatur: Zur Begriffsbestimmung des Kleingewerbes bei Gruchot 44, 400; Dove, Die Abgrenzung zwischen Vollkaufmann und Minderkaufmann bei Holdheim 7, 297; Kuckuck, Zur Auslegung des § 4 Abs. 1, bei Holdheim 13, 124; Beispiele und Entscheidungen s. bei Staub § 4, Anm. 16). Minderkaufleute sind also weder berechtigt noch verpflichtet, eine Firma zu führen. Ist dennoch die Firma eines Minderkaufmannes in das Handelsregister eingetragen, so wird er dadurch nicht zum Vollkaufmann, aber er gilt in zivilrechtlicher Hinsicht als solcher. Der Minderkaufmann darf also keinen Handelsnamen führen, der von seinem bürgerlichen Namen abweicht. Tut er es doch, so hat der Registerrichter gemäß § 37 HGB. einzuschreiten und hat eventuell die Eintragung von Amts wegen zu löschen. Die Minderkaufleute genießen keinen Firmenschutz, sondern nur Schutz ihres Namens aus § 12 BGB. Gegebenenfalls können sie auch aus § 8 UnlWG. Schutz suchen.

Daneben gibt es aber noch Gewerbetreibende, die überhaupt keine Kaufleute, auch keine Minderkaufleute sind, auf die also das Handelsrecht überhaupt keine Anwendung findet (vgl. Staub § 1 Anm. 56; Makower S. 25; Düringer-Hachenburg S. 31). Dies sind:

1. nach § 1 Ziff. 2 die Gewerbetreibenden, die gewerbsmäßig die Bearbeitung von Waren für andere übernehmen,

ohne daß ihr Betrieb über den Umfang des Handwerks hinausgeht;

2. nach § 1 Ziff. 5 die Personen, die gewerbsmäßig die Personenbeförderung im Binnenlande in so kleinem Umfange betreiben, daß von einer „zur Personenbeförderung bestimmten Anstalt" nicht geredet werden kann, z. B. einfache Lohnkutscher, Fährleute (Staub § 1 Anm. 72).

Solche Personen sind also keine Kaufleute und haben kein Firmenrecht (Staub § 4 Anm. 5). In dem Augenblick aber, in dem ihr Betrieb über den Umfang des Handwerks hinausgeht oder in dem das Vorhandensein einer „Anstalt" im Sinne des § 1 Ziff. 5, d. h. „ein auf dauernden Großbetrieb eingerichtetes Unternehmen" (vgl. Gareis, Lehrbuch S. 68 § 12 unter 7; Düringer-Hachenburg S. 34) angenommen werden muß, werden diese Personen aus Nichtkaufleuten zu Vollkaufleuten, dürfen also firmieren, ohne daß ihre Eintragung in das Handelsregister Voraussetzung wäre. Bezüglich der Handwerker besteht allerdings eine Ansicht, wonach die Handwerker, auch wenn sie Großhandwerker sind und demnach der Umfang und die Art ihres Geschäfts über den gewöhnlichen Umfang des Handwerksbetriebes bzw. Kleingewerbes hinausgeht, doch immer Minderkaufleute bleiben sollen (z. B. Marcus bei Holdheim 12, 196; Lastig S. 569 und einzelne Entscheidungen wie OLG. München in RJA. 4, 102; Makower § 5 III). Diese Ansicht ist aber nicht zu billigen. Sie beruht auf einer zu formalistischen Auslegung des § 4 und widerspricht der Entstehungsgeschichte, dem Sinn und der Stellung des § 4 (vgl. RGSt. 34, 103; 35 283; 1, 381; 21, 209; 24, 81; 31, 178; KG. bei Johow 21 A S. 71; KG. in OLGR. 8, 92: Johow 27 A 60).

Aus alledem geht hervor, was bereits oben erwähnt wurde: maßgebend für die Vollkaufmannsqualität ist sachlich nicht die Natur des Betriebsgegenstandes, sondern der Umfang und die Anlage des Unternehmens, bei dem großkaufmännische Einrichtungen gefordert werden (Lehmann-Ring S. 6). Nur solche Kaufleute, welche die gesetzlich vorgesehenen Voraussetzungen erfüllen, dürfen eine Firma führen.

Bedienen sich Minderkaufleute oder Nichtkaufleute einer Firma, so hat sie der Registerrichter zur Unterlassung des Gebrauchs anzuhalten und die Firma im Handelsregister zu löschen (vgl. §§ 140, 142 FGG.; Düringer-Hachenburg § 17 I; OLGR. 14, 330; Recht 07, 987 [KG.]). Dasselbe gilt natürlich bezüglich sogenannter Scheinkaufleute d. h. solcher Personen, die sich, obgleich sie gar keine Kaufleute sind, im Rechtsverkehr als solche gerieren, insbesondere solche, die überhaupt gar kein Gewerbe betreiben. Allerdings werden solche Personen rechtlich wie Kaufleute behandelt; denn wer sich einer Firma im Rechtsverkehr bedient und unter dieser Geschäfte abschließt, erklärt Dritten damit, daß die Inhaber der Firma wie Kaufleute haften wollen, ganz abgesehen davon, ob die Firma im Handelsregister eingetragen ist oder nicht (RG. im SächsArch. 13, 350; Jahrb. 1904 II, 2 S. 20 Nr. 6). Obgleich solche Leute also wie Kaufleute rechtlich behandelt werden, sind sie deshalb doch nicht Kaufleute im Sinne des Handelsgesetzbuches und besitzen kein Firmenrecht. Ist allerdings eine an sich nicht firmenberechtigte Person im Handelsregister eingetragen, so kann ein Dritter, solange die Eintragung besteht, ihm gegenüber nicht geltend machen, daß er zur Führung einer Firma nicht berechtigt sei (§ 5 HGB.).

§ 9.

Die Firma des Einzelkaufmanns.

Betreibt ein Kaufmann sein Handelsgeschäft ohne Gesellschafter oder nur mit einem stillen Gesellschafter, also als Einzelkaufmann, so darf er gemäß § 18 Abs. 1 HGB. als Firma nur seinen Familiennamen mit mindestens einem ausgeschriebenen Vornamen führen. Opet nennt diesen Hauptbestandteil das Firmencorpus. Die Firma des Einzelkaufmanns soll also eine sogenannte Personenfirma, keine Sachfirma sein. Dies gilt jedoch nur für neugegründete Firmen. Erwirbt ein Einzelkaufmann gemäß § 22 HGB. rechtmäßig ein Handelsgeschäft mit bereits bestehender gültiger Firma,

so darf er diese — die Einwilligung des Verkäufers vorausgesetzt — weiterführen, auch wenn sie seinen Familiennamen nebst einem Vornamen überhaupt nicht enthält (sogenannte abgeleitete Firma). Ist in der ursprünglichen Firma eines Einzelkaufmanns der Name eines Dritten enthalten, so ist die Firma unerlaubt und ungültig, auch wenn der Dritte dem Firmeninhaber ausdrücklich das Recht zur Führung seines Namens als Firma gegeben hat. Die einschlägige Vorschrift des Handelsgesetzbuches ist nämlich im öffentlichen Interesse gegeben und kann deshalb durch die Abmachungen privater Personen nicht umgangen werden (Anschütz und Völderndorff, Bd. 1, 150). Das Reichsgericht hat sogar in einer Entscheidung vom 8. Juni 1903 in JW. 03, 293 Nr. 16 den Grundsatz aufgestellt, daß in einem solchen Falle jeder der Parteien insofern und insoweit ein Rücktrittsrecht von dem abgeschlossenen Vertrage zustehe, als eine Partei ihrem Namen als Firma für das Geschäft des anderen hergegeben hat (Staub § 18 Anm. 3). Gestattet ist jedoch die Aufnahme fremder Namen als Firmenzusatz im Sinne des § 18 Abs. 2, wenn es sich um historische oder mythologische Namen handelt, wie z. B. Bismarck, falls dadurch nur keine Täuschung über den Namen des wahren Firmeninhabers herbeigeführt wird.

Was als Familiennamen anzusehen ist, entscheidet das Bürgerliche Gesetzbuch (vgl. Ehefrau § 1355, geschiedene Frau § 1577, eheliches Kind § 1616, uneheliches Kind § 1706, legitimiertes Kind §§ 1719, 1736, Adoptierte §§ 1758, 1772). Der Familienname ist aber in der Firma nur so aufzuführen, wie er gesetzlich gebraucht werden darf. Wer „L. genannt St." heißt, darf nicht firmieren „L. — St." Bezüglich der Firmenführung durch eine geschiedene, allein für schuldig erklärte Ehefrau hat das Kammergericht (OLGR. 14, 341; RJA. 8, 38; ZBIFG. 7, 780) folgende bemerkenswerte Entscheidung gefällt: „Unzulässig ist die Fortführung und Eintragung einer Firma, die den Familiennamen des geschiedenen Ehemannes der Geschäftsinhaberin enthält, wenn der Mann der allein für schuldig erklärten Ehefrau vor der Eintragung

die Führung seines Namens untersagt hat. Erst durch die Eintragung der Firma nämlich erwachse dem Kaufmann ein Recht auf Firmenschutz. Dies ergebe die Vorschrift des § 30 HGB. Auf die nicht eingetragene Firma kann auch nicht die den Rechtsschutz und damit die Eintragung der Firma voraussetzende Vorschrift des § 21 HGB. angewendet werden. Die Beschwerdeführerin habe mithin durch die Führung der nicht eingetragenen Firma „Emma S." kein Recht auf die Führung der Firma erworben." Bestritten ist es, ob ein Ehemann bei Bildung einer Firma seinem Familiennamen den Namen seiner Ehefrau beifügen darf bzw. umgekehrt die Ehefrau als Handelsfrau den Namen ihres Ehemannes, ob also z. B. ein Einzelkaufmann mit Namen Georg Erkrath, dessen Ehefrau eine geborene de Bary ist, firmieren darf „Jacob Erkrath - de Bary." Lehmann-Ring § 18 Nr. 4 verneint die Berechtigung hierzu; die herrschende Meinung, insbesondere das Reichsgericht bejaht sie (Bolze 2 Nr. 233; RG. 16, 60; OLG. Hamburg in HansGerZ. 4 [1883] S. 214). Es ist auch in der Tat nicht einzusehen, warum dies nicht erlaubt sein sollte; dient doch eine derartige Beisetzung des Namens des Ehemannes oder der Ehefrau lediglich der Unterscheidung der Person des Geschäftsinhabers von anderen, gleichen Familiennamen, die zufällig denselben Vornamen haben, also gerade der ratio legis, die dahin geht, den Inhalt der Firma möglichst den Tatsachen, der Wahrheit entsprechend zu gestalten. Solange erkenntlich bleibt, daß es sich um eine derartige Verbindung der Familiennamen zweier Eheleute handelt, was leicht durch einen Bindestrich (Erkrath - de Bary) zu erreichen ist, kann gegen den Gebrauch derartiger Familiennamen in einer Firma wohl kaum etwas eingewendet werden. In manchen Gegenden ist es auch durchaus üblich und althergebrachte Sitte, im gewöhnlichen Leben eine derartige Bezeichnung zu gebrauchen, eine Übung, die durch allgemeinen Gebrauch z. B. in der Schweiz, in Süddeutschland stark beeinfußt wird. Wird natürlich die Verbindung der beiden Namen so gebraucht, daß es nicht mehr für jeden

erkenntlich ist, daß die Verbindung der Familiennamen zweier Ehegatten vorliegt, so muß darin die Verletzung des Prinzips der Firmenwahrheit gefunden werden. Derartige Fälle können leicht vorkommen, wenn der Ehegatte einen Familiennamen führt, der zugleich als Vorname gebräuchlich ist (z. B. Friedrich Ernst) und die Ehefrau eine geborene Adlige ist. Es könnte dann leicht der Eindruck hervorgerufen werden, als ob der Firmeninhaber ein Adliger sei, als ob der eigentliche Familiennamen der Vorname sei. Doch wird derartigen Mißbräuchen leicht das Aufsichtsrecht des Registerrichters und der Handelskammer abhelfen können. Es liegt deshalb keine Veranlassung vor, eine derartige Bezeichnung generell zu verbieten, wie es denn auch wohl unbestrittenermaßen der Ehefrau erlaubt ist, dem Namen ihres Ehemannes ihren Mädchennamen in einer Weise beizufügen, aus der hervorgeht, daß der Zusatz ihr Mädchenname ist (z. B. Emma Erkrath geb. de Bary). Der Sohn darf aber seinem Namen nicht den Namen seiner Mutter beifügen (RG. 42, 149) und ebensowenig darf die Ehefrau in die Firma wahlweise ihren Ehe- oder Mädchennamen aufnehmen, wie Kohler, Markenrecht 126 will (vgl. dagegen Lehmann-Ring § 17 Nr. 4).

Bestritten ist auch, ob Adelsprädikate einen Teil des Familiennamens bilden, ob also ein Einzelkaufmann Arthur von Hager das Adelsprädikat „von“ mit in die Firma aufnehmen muß. Lehmann-Ring § 18 Nr. 4 bejaht, Staub § 18 Anm. 4 verneint dies unter Berufung auf Sohm in DJZ. 99, 87 und Küntzel bei Gruchot 41, 443 (vgl. hierzu auch Mantey in DJZ. 97, 220; Brettner in DJZ. 97, 242; v. Staudinger in DJZ. 98, 362; Planck, BGB. § 12). Die zum 24. Juristentag (Bd. 3 S. 117, 151, 191) von v. Bülow, Krückmann & Opet erstatteten Gutachten teilen die Ansicht von Lehmann-Ring. Ebenso Rehbein, Kommentar zum BGB. Bd. I S. 26. Die Frage beantwortet sich nach der Stellung, die man dazu einnimmt, ob das Adelsprädikat ein Teil des Familiennamens oder ein Titel ist. In erster Linie sind hier das öffentliche Recht und die einzelnen Landesrechte ausschlag-

gebend, wie z. B. in Bayern durch Landesgesetz die Führung des Adelsprädikats bei „Selbstausübung eines Gewerbes bei offenem Kram und Laden“ in der Firma untersagt ist (Allfeld 120).

Die Vorschrift, daß der Vorname ausgeschrieben werden müsse, war im 2. Entwurf zum Handelsgesetzbuch nicht enthalten. Dort war vielmehr die Abkürzung des Vornamens ausdrücklich zugelassen. Von der Reichstagskommission (vgl. KB. S. 12 und 13) wurde die jetzige Vorschrift beigefügt im Interesse der Firmenwahrheit. Es wurde hauptsächlich darauf hingewiesen, daß, wenn eine Frau Geschäftsinhaberin sei und eine Vorschrift, den Vornamen nicht auszuschreiben, nicht bestehe, die Inhaberschaft einer Frau überhaupt nicht erkennbar sei und dadurch allerlei Schiebungen und Verschleierungen Tür und Tor geöffnet sei. Trotz lebhaften Widerspruchs eines Teiles der Abgeordneten, insbesondere von Stumm und Beckh wurde der Antrag der Kommission zum Gesetz erhoben. Als Vorname darf nur ein solcher gewählt werden, der in das Standesamtsregister eingetragen ist, falls nicht durch die zuständige Landesbehörde eine Änderung des eingetragenen Vornamens genehmigt ist. Es braucht nicht gerade der Rufname zu sein (RG. bei Holdheim 04, 228), aber es muß ein eingetragener Name sein (LG. I Berlin in KGBl. 1897, 62). Abkürzungen, selbst wenn sie allgemein üblich sind, wie Fritz statt Friedrich, sind nicht erlaubt (Goldmann § 17 Anm. 4 II, 2; Lehmann-Ring § 18 Nr. 5; Staub § 18 Anm. 5; Opet 81; KG. in RJA. 3, 73; RG. bei Holdheim 13, 228; KG. in OLGR. 4, 460; RG. 02, 321; ThürBl. 50, 43; ZBlFG. 2, 845; OLG. Posen in Gew.-Arch. 2, 387; Goldschmidt A 49, 364).

Düringer-Hachenburg § 18, III und Makower § 18 III wollen solche Abkürzungen von Vornamen, wie sie im bürgerlichen Leben gebraucht werden, zulassen. Doch ist dieser Ansicht nicht beizutreten; denn vom Gesetz wird klar und deutlich der „ausgeschriebene Vorname“ verlangt, worunter nur der Vorname verstanden werden kann, der auf die gesetz-

lich vorgeschriebene Weise d. h. durch Beilegung seitens der Eltern und Anmeldung zum Standesregister entstanden ist. Wäre die Änderung eingetragener Vornamen möglich, so würde dies der ausgesprochenen Absicht und dem Zweck des Gesetzes widersprechen. Wollte man die Ansicht der beiden genannten Autoren billigen, so wäre es vielfach ein Leichtes, das Prinzip der Firmenwahrheit zu umgehen. Denn wie soll der Registerrichter wissen, ob die zur Anmeldung gebrachte Abkürzung eines Vornamens tatsächlich von dem Anmelder im bürgerlichen Leben benutzt worden ist! Es müßte dann auch gestattet sein, deutsche Vornamen in eine fremde Sprache zu übersetzen wie Jakob in Jaques, Julius in Jules, Johann in Jean, was im bürgerlichen Leben leider vielfach üblich ist und diese Namen statt der deutschen und im Standesregister eingetragenen als Vornamen bei der Firmenbildung zu benutzen. Und doch ist dies unbestrittenermaßen nicht erlaubt, wie auch Düringer-Hachenburg selbst anzunehmen scheint (§ 18, III am Schluß).

Gestattet ist es hingegen, mehrere oder sämtliche Vornamen „ausgeschrieben" der Firma einzuverleiben oder einen Vornamen in der Firma auszuschreiben und andere nur mit dem Anfangsbuchstaben zu bezeichnen oder sonst beliebig abzukürzen. Ebenso ist es erlaubt, den Namen in adjektivischer Form zu führen z. B. Adolf Huber'sche Weinhandlung (vgl. Lehmann in Z. 33, 412; Johow 5, 21). Der Firma muß sich der Kaufmann im Handelsverkehr bedienen, so wie sie im Handelsregister eingetragen ist, unter der unveränderten Firma muß er seine Unterschrift abgeben. Er darf nicht etwa für den Verkehr mit dem Ausland seine Firma anglisieren oder französisieren. So hat denn auch das Reichsgericht Bd. 25, 119 einer Firma Löwenthal, die ihre Firma englisch redenden Kunden gegenüber in Lowendall verändert hatte, den Firmenschutz für die abgeänderte Form mit Recht entzogen.

§ 10.

Die Firma der offenen Handelsgesellschaft.

Der § 19 Abs. 1 HGB. behandelt die Bildung der ursprünglichen Firmen offener Handelsgesellschaften. Auch er trägt dem Prinzip der Firmenwahrheit Rechnung, indem er bestimmt, daß eine solche Firma den Familiennamen wenigstens eines der Gesellschafter mit einem das Vorhandensein einer Gesellschaft andeutenden Zusatz oder die Familiennamen aller Gesellschafter enthalten muß. Der Absatz 3 bestimmt zugleich für die Firma der einfachen Kommanditgesellschaft im Gegensatz zu der Firma des Einzelkaufmanns, daß die Beifügung von Vornamen nicht erforderlich ist. Daneben gelten die allgemeinen Vorschriften über Bildung der Firma auch für die offene Handelsgesellschaft; insbesondere die Vorschrift des § 18 Abs. 2 HGB. über Form und Inhalt der Zusätze, sowie das Verbot irreführender Zusätze (Staub § 19 Einleitung). Sind also nicht alle Gesellschafter genannt, so muß ein Zusatz beigefügt werden, der ein Gesellschaftsverhältnis andeutet. Dieser Zusatz darf aber nicht so beschaffen sein, daß durch ihn das Publikum über die Zusammensetzung und den Umfang der Gesellschaft getäuscht wird. Gebräuchliche und gesetzliche Zusätze in diesem Sinne sind: „& Comp.“, „& Cie.“, „Gesellschaft“. „Gebrüder“, „Geschwister“, „Vater & Sohn“. Zulässig ist also eine Firma, die zeichnet: „Weintraud & Cie.“; „Gebrüder Heyne“, „Geschwister Schimmel“, „M. & J. Keiser“, „Forger Vater & Sohn“, „Gesellschaft Leo“. Die Firma „Gebrüder Heyne“ ist aus dem eben erwähnten Grunde nur dann zulässig, wenn wirklich verschiedene Brüder als Firmeninhaber vorhanden sind; nicht aber, wenn sie aus einem Bruder und einer Schwester bestehen sollte. Letzterenfalls wäre eine Firma „Geschwister Heyne“ zulässig. Auch die Firma „Forger Vater & Sohn“ ist nur dann erlaubt, wenn die Gesellschafter Forger wirklich aus Vater & Sohn bestehen. Die Firma „Keiser Söhne“ hat das Kammergericht (Johow 28 A 42;

OLGR. 9, 241; ZBlFG. 3, 34) für unzulässig erklärt, da dieser Zusatz ein Rechtsnachfolgeverhältnis andeute. Die so gewählte Firma sei auch geeignet, eine Täuschung über die Art des Geschäfts herbeizuführen, indem sie es als ein altbegründetes erscheinen lasse und die Tatsache, daß es ein von den derzeitigen Inhabern ins Leben gerufenes sei, verdunkle. Dieser Ansicht ist aber nicht beizutreten, da der Zusatz ein solches Verhältnis nicht notwendig andeuten muß (Staub § 18 Anm. 12b). Dem zweiten Grund wäre schon eher beizupflichten. In einer Oberlandesgerichtsentscheidung (OLGR. 11, 377) ist denn auch im Gegensatz zu der oben zitierten Entscheidung ausgeführt, daß der Umstand allein, daß der Zusatz „Sohn" bisweilen dazu benutzt werde, um ein Nachfolgeverhältnis auszudrücken, seiner Verwendung beim Nichtvorliegen eines solchen Verhältnisses nicht entgegenstehe. — In der Firma kann auch ein nicht vertretungsberechtigter Gesellschafter genannt sein. Sind alle Gesellschafter in der Firma benannt, so ist ein Gesellschaftszusatz nicht notwendig. Er ist aber auch nicht verboten, falls nicht durch den Zusatz im Publikum die irrtümliche Ansicht erweckt wird, es seien noch mehr Gesellschafter vorhanden. Sind z. B. zwei Gesellschafter vorhanden namens „Simon & Dürkheim", so darf die Firma nicht zeichnen „Simon, Dürkheim & Cie."; wohl aber darf sie zeichnen: „Dampfschifffahrtsgesellschaft Simon & Dürkheim" (RG. 37, 60; OLG. Hamburg in Z. 42, 502). Hinsichtlich der Familiennamen gilt das bei der Firma des Einzelkaufmanns (vgl. § 9) Gesagte. Wird ein Vorname gebraucht, ausgeschrieben oder abgekürzt, so muß er natürlich den Tatsachen entsprechen.

Im Absatz 4 ist dann schließlich noch bestimmt, daß die Namen anderer Personen als der persönlich haftenden Gesellschafter in die Firma einer offenen Handelsgesellschaft nicht aufgenommen werden dürfen. Geschieht dies doch, so hat der Registerrichter einzugreifen. So dürfen vor allem „Strohmänner" keinen Bestandteil der Firma der offenen Handelsgesellschaft bilden (Opet 93).

Aus der neuen Rechtsprechung sei noch auf folgenden hessischen Fall hingewiesen: Begründen zwei Brüder eine offene Handelsgesellschaft, so kann die Firma „A. L. Söhne" nicht als Firma ihrer offenen Handelsgesellschaft eingetragen werden, selbst wenn einer der Gesellschafter selbst A. L. heißt. Denn nach der Fassung ist in der Firma nicht der Name eines der Gesellschafter, sondern der Name des Vaters der Gesellschafter enthalten (OLG. Darmstadt HessRspr. 1, 4). In der Firma einer neugegründeten offenen Handelsgesellschaft muß der eine Teilhaber durch den ihm zukommenden Namen kenntlich gemacht werden; es genügt nicht eine anderweitige Umschreibung seiner Person. Sind also die Inhaber der Firma Moses und Marianne Mayer, so darf die Firma nicht lauten „L. Mayer Sohn & Cie.", auch wenn Moses Mayer der Sohn des L. Mayer ist (HessRspr. 7, 3; DJZ. 07, 776; Recht 07, 905).

§ 11.

Die Firma der Kommanditgesellschaft.

Die Firma der neugegründeten Kommanditgesellschaft muß gemäß § 19 Abs. 2 HGB. den Namen wenigstens eines persönlich haftenden Gesellschafters mit einem das Vorhandensein einer Gesellschaft andeutenden Zusatze enthalten. Auch bei ihr ist die Beifügung eines Vornamens nicht erforderlich, während der Name anderer Personen als der persönlich haftenden Gesellschafter auch hier in die Firma nicht aufgenommen werden darf. Die Vorschriften des § 18 Abs. 2 HGB., die besonders behandelt werden, finden Anwendung. Es muß also mindestens der Name eines persönlich haftenden Gesellschafters [Komplementars] in der Firma enthalten sein. Während bei der Firma der offenen Handelsgesellschaft, in der alle persönlich haftenden Gesellschafter genannt sind, ein das Vorhandensein einer Gesellschaft andeutender Zusatz nicht gemacht werden muß, ist ein solcher Zusatz bei der Kommanditgesellschaft immer notwendig, auch wenn die

Namen aller Komplementare in der Firma aufgenommen sind. Doch ist es nicht notwendig, daß gerade der Zusatz „Kommanditgesellschaft“ (vgl. Allfeld S. 127; Staub § 19 Anm. 2; Lehmann-Ring § 19 Nr. 2) oder ein Zusatz, aus dem sonstwie auf das Vorliegen einer Kommanditgesellschaft geschlossen werden kann, gemacht wird. Der Name von Kommanditisten, stillen Gesellschaftern oder anderen Personen darf auf keinen Fall in die Firma aufgenommen werden, sonst hat der Registerrichter einzugreifen. Für abgeleitete Firmen gelten diese Vorschriften nicht. Bei ihnen kann die erworbene Firma fortgeführt werden, auch wenn darin ein Gesellschaftszusatz überhaupt nicht enthalten ist. Nach altem Handelsrecht haftete der Kommandist und stille Gesellschafter, dessen Name in die Firma aufgenommen wurde, den Gläubigern wie der offene Handelsgesellschafter mit seinem ganzen Vermögen solidarisch (Art. 168, 2; 257). Diese Bestimmung ist in das neue Recht nicht übernommen worden. Die Gründe dafür finden sich in der Denkschrift S. 117, 184 ausführlich angegeben. Im übrigen finden die zur Firma der offenen Handelsgesellschaft (§ 10) gemachten Ausführungen Anwendung.

§ 12.

Die Firma der Aktiengesellschaft und der Aktienkommanditgesellschaft.

Die Bildung der Firma der Aktiengesellschaften und der Aktienkommanditgesellschaften wird gleichheitlich im § 20 HGB. geregelt; wie denn überhaupt beide Gesellschaftsformen eine ziemlich gleichartige gesetzliche Behandlung erfahren haben. Diese Gesellschaften sollen eine Sachfirma führen d. h. ihre Firmen sollen in der Regel dem statutenmäßigen Gegenstand ihres Unternehmens entlehnt sein. Nur „in der Regel“ soll dies der Fall sein. Die Vorschrift hat also nur die Bedeutung eines guten Rats, dessen Befolgung von der Willkür des Beratenen abhängt. Der Registerrichter darf

daher die Eintragung einer abweichend von dieser Regel einzutragenden Firma auch dann nicht ablehnen, wenn jede Begründung, weshalb von der Regel abgewichen wird, mangelt (Opet 69 Anm. 1). Anderer Meinung ist Lehmann-Ring (§ 20 Nr. 2), der annimmt, daß die Registerbehörde nach § 37 Abs. 1 HGB. einzuschreiten hat, wenn besondere Umstände, welche das Abweichen begründen, nicht vorliegen (Jahrb. II, 2 S. 26). Makower will die Abweichung nur dann zulassen, wenn ein berechtigtes Interesse glaubhaft gemacht wird (§ 20 II, ebenso Staub § 20 Anm. 1).

Die Firma dieser Gesellschaften *muß* aber unter allen Umständen den ausgeschriebenen Zusatz „Aktiengesellschaft" oder „Kommanditgesellschaft auf Aktien" enthalten. Dieser Zusatz ist ein Bestandteil der Firma. Während sich aber die Vorschriften der §§ 18 Abs. 1, 19 HGB. nur auf neugegründete Firmen beziehen, findet die Vorschrift des § 20 HGB. über den genannten Zusatz auch auf abgeleitete Firmen Anwendung (§ 22 Abs. 1 Satz 2 HGB.). Das alte Handelsgesetzbuch ließ gemäß Art. 18 die Verwendung von Namen von Gesellschaften oder dritten Personen *nicht* zu, es war nur eine reine Sachfirma erlaubt. Das neue Handelsgesetzbuch hat diese Bestimmung als nicht mehr erforderlich gestrichen, da ja die Bezeichnung als Aktiengesellschaft bzw. Kommanditgesellschaft auf Aktien als notwendiger Firmenzusatz im Gegensatz zum alten Recht strikte gefordert wird. Die Firma beider Gesellschaften kann also auch Personennamen enthalten oder Phantasienamen wie Phönix, Neptun usw., sie darf eine sogenannte *gemischte Firma* sein, z. B. „Spicharz Lederwerke, Aktiengesellschaft". Solche Ausnahmen von der Regel werden vom Registerrichter durch die Zulassung der Eintragung geschaffen. Maßgebend sind die tatsächlichen Umstände. Es kann z. B. bei Umwandlung einer offenen Handelsgesellschaft in eine Aktiengesellschaft ein berücksichtigungswertes Interesse daran vorliegen, daß in die Firma der im Handelsverkehr bekannte Name eines Gesellschafters aufgenommen oder in der Firma belassen wird

(D. S. 35). Es kann auch eine andere Aktiengesellschaft bereits am selben Orte bestehen, die denselben Gegenstand des Unternehmens hat. Die Sachfirmen würden dann eventuell übereinstimmen, was gesetzlich mit Rücksicht auf § 30 HGB. nicht zulässig wäre (vgl. Lehmann-Ring § 20 Nr. 2). Wird ein Handelsgeschäft mit Firma von einer Aktiengesellschaft erworben, so hat die Gesellschaft ein Recht auf die Fortführung der erworbenen Firma, auch wenn in dieser Firma Namen enthalten sind (Staub § 20 Anm. 1 Goldmann § 20 I 2).

Zu bemerken ist noch, daß Firma und Name bei diesen Gesellschaftsformen indentisch sind (RG. 1, 26; 3, 68); denn die Aktiengesellschaften treten unter ihrer Firma nicht nur im Handels-, sondern überhaupt im Rechtsverkehr auf.

Für die Aktienkommanditgesellschaften gelten natürlich nicht auch die Bestimmungen des § 19 Abs. 2 und 4 HGB., die nur auf die gewöhnliche Kommanditgesellschaft Anwendung finden. Es braucht also in ihrer Firma nicht etwa der Name eines Komplementars enthalten zu sein; er darf sich aber unter Umständen darin befinden, ebenso wie Namen von Nichtkomplementaren.

§ 13.

Die Firma der Gesellschaft mit beschränkter Haftung.

Eine Firma im Sinne des § 17 HGB. führen auch die Gesellschaften mit beschränkter Haftung gemäß § 4 des Gesetzes vom 20. April 1892 in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. Mai 1898. Die Firma muß entweder wie bei den Aktiengesellschaften von dem Gegenstande des Unternehmens entlehnt sein oder die Namen der Gesellschafter oder wie bei den offenen Handelsgesellschaften den Namen wenigstens eines derselben mit einem das Vorhandensein eines Gesellschaftsverhältnisses andeutenden Zusatze enthalten. Die Namen anderer Personen als der Gesellschafter dürfen in die Firma nicht aufgenommen werden. Außerdem muß die Firma unter allen Umständen die zusätzliche Bezeichnung

„mit beschränkter Haftung“ enthalten. Außer diesen Bestimmungen finden auf die Firma der Gesellschaften mit beschränkter Haftung wie auf die Firma aller anderen Handelsgesellschaften auch die Bestimmungen des § 18 Ab. 2 HGB. Anwendung. Die Firma der Gesellschaft mit beschränkter Haftung kann darnach eine Sachfirma oder eine Personenfirma oder auch eine gemischte Firma sein. Bezüglich der Sachfirma sei auf das in dieser Richtung bei den Aktiengesellschaften Ausgeführte verwiesen und dabei besonders hervorgehoben, daß die Sachfirma der Aktiengesellschaft nur „in der Regel“ von dem Gegenstande des Unternehmens entlehnt sein soll, daß also der Registerrichter bei Glaubhaftmachung eines abweichenden Interesses auch Phantasienamen wie Phönix, Neptun, Merkur als Sachfirmen zulassen kann, daß aber bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung eine solche Phantasiebezeichnung als Hauptbestandteil der Firma nicht zulässig ist (Staub-Hachenburg § 4 Anm. 2; KG. vom 2. Juli 1900 in SeuffArch. 56, 8). Bei den Gesellschaften mit beschränkter Haftung kann eine derartige Phantasiebezeichnung nur als Zusatz im Sinne des § 18 Abs. 2 HGB. gebraucht werden. Wird eine Sachfirma gewählt, so muß die Firma den Gegenstand des Unternehmens mindestens im wesentlichen ersichtlich machen (SeuffArch. 56, 8; Jahrb. II 2; vgl. auch die Ausführungen Neumanns in Magdeburg JustdRundsch. 04, 233 und die dort zitierten Entscheidungen und Literatur). Nach dem Kammergericht liegt der Schwerpunkt der „Entlehnung“ darin, daß durch die Firma der Gegenstand des Unternehmens irgendwie in charakteristischer Weise ersichtlich gemacht wird, sodaß das Publikum dadurch in gewisser Weise aufgeklärt wird, wenn dies auch nicht in erschöpfender Weise zu geschehen brauche. Dagegen liege eine Entlehnung nicht nur dann vor, wenn aus dem umfassenden Begriff etwas bestimmter Begrenztes entnommen werde (RJA. 8, 114; BaumsZ. 14, 232, 256). Falkmann in DJZ. 04, 685 verlangt eine Aenderung der Firma, wenn eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, die eine

Sachfirma führt, später den Gegenstand ihres Unternehmens ändere. Doch dürfte das zu weit gegangen sein. Wenn die Konzinität des Handelsgeschäfts gewahrt ist, darf wohl auch die alte Firma beibehalten werden.

Bei Wahl einer Personenfirma haben die bei Behandlung der Firmen der offenen Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaft entwickelten Grundsätze Anwendung zu finden. Es dürfen also nur die Namen wirklicher Gesellschafter (der Gründer der Gesellschaft), nicht die dritter Personen aufgenommen werden. Die Beifügung eines Vornamens ist nicht erforderlich. Der § 4 G. betr. GmbH. enthält allerdings nicht, wie § 19 HGB. eine diesbezügliche ausdrücklich negierende Bestimmung; doch ist § 18 Abs. 1 HGB. natürlich nicht anwendbar. Sind alle Gesellschafter in der Firma genannt, so darf allerdings kein solcher Gesellschaftszusatz gewählt werden, aus dem das Publikum auf das Vorhandensein weiterer Gesellschafter schließen müßte wie z. B. „& Cie.“, wohl aber ein Zusatz, der diese Vermutung nicht erregt wie z. B. „Dampfschiffahrtsgesellschaft“, „Bankverein“, Speditionsgesellschaft“ usw. Unter „den Namen der Gesellschafter“ im Sinne des § 4 G. betr. GmbH. sind die Namen aller Gesellschafter zu verstehen. Enthält die Firma einer aus vier Mitgliedern bestehenden Gesellschaft mit beschränkter Haftung die Namen nur zweier Mitglieder mit dem Zusatz „Gesellschaft m. b. H.“, so entspricht sie nicht den Vorschriften. Die Firma muß erkennen lassen, daß an der Gesellschaft außer den beiden in der Firma genannten Gesellschaftern noch weitere beteiligt sind. Diese Auffassung findet ihre Bestätigung in der Entstehungsgeschichte der entsprechenden Vorschriften des Handelsgesetzbuches für die offenen Handelsgesellschaften (RJA. 7, 35; BauersZ. 14, 182; ZBlFG. 7, 86, Recht 06, 705; vgl. Goldmann § 19 Anm. 1 I 2; Lehmann-Ring § 19 Nr. 1). Befindet sich unter den Gesellschaftern auch eine Aktiengesellschaft, so kann auch deren Name als Firma Verwendung finden, wie dies z. B. in letzter Zeit mehrfach bei Gründungen in der

Elektrizitätsbranche durch die Aktiengesellschaft „Siemens und Halske“ vorgekommen ist z. B. „Siemens-Schuckertwerke m. b. H.“.

Eine gemischte Firma, also eine solche, die aus einer Sachbezeichnung und einer Personenbezeichnung zusammengesetzt ist, ist ebenfalls zulässig, da ja unterscheidende Zusätze gemäß dem anwendbaren § 18 Abs. 2 HGB. zugelassen sind (Staub-Hachenburg § 4 Anm. 5; Beschl. des LG. Frankfurt vom 20. Dezember 1892 bei Holdheim 93, 100; Rundschau 94, 265; Z. 48, 327; Liebmann § 4, 1).

Der notwendige Zusatz „mit beschränkter Haftung“ muß in der Firma der Gesellschaft mit beschränkter Haftung enthalten sein; sonst ist Firmenbezeichnung und Gesellschaftsvertrag nichtig. Keßler in ZBlFG. 5,210. Jeder Gesellschafter, jeder Geschäftsführer, jedes Mitglied des Aufsichtsrats kann die Nichtigkeitsklage gegen die unter unzulässiger Firma registrierte Gesellschaft erheben. Der Registerrichter kann gemäß § 144 FGG. die Löschung der Gesellschaft verfügen und der Grundbuchrichter darf die Eintragung einer solchen Gesellschaft als Eigentümerin ablehnen (KG. bei Johow 20 A 282; RJA. 1, 163; 3, 38 und 153). Der Zusatz „mit beschränkter Haftung“ muß ausgeschrieben sein und darf nicht abgekürzt werden. Es ist also nicht erlaubt, im rechtsgeschäftlichen Verkehr „G. m. b. H.“ zu zeichnen. Eine derartige Zeichnung ist auch bei Inseraten unzulässig (LG. Darmstadt in Hess. Rspr. 7, 42). Bestritten ist, ob der Registerrichter berechtigt ist, gegen eine derartige Bezeichnung einzuschreiten. Staub (Kommentar zum G. betr. GmbH.) stand in seiner ersten Auflage auf diesem Standpunkte, hat ihn aber in der zweiten Auflage verlassen, da nicht der Gebrauch einer dem Zeichnenden „nicht zustehenden“ Firma vorliege. Dieser Ansicht kann nicht beigetreten werden. Der Zusatz „mit beschränkter Haftung“ ist ein notwendiger Bestandteil der Firma, der mit dem gesetzlich vorgeschriebenen Hauptbestandteil als untrennbares Ganzes in das Handelsregister eingetragen ist. Es geht nicht an, daß der Kaufmann seine Firma im Handels-

verkehr anders gebraucht, als wie sie eingetragen ist; denn die Firma steht der Gesellschaft nur so zu, wie sie im Handelsregister eingetragen ist. Nur so darf er sie gebrauchen und nicht anders, mögen die Änderungen an sich noch so geringfügig sein. Darauf, daß die im Register eingetragene Schreibweise auch im Handelsverkehr beibehalten wird, hat der Registerrichter zu achten (RG. 20, 72; KG. in OLGR. 9, 246; vgl. Staub HGB. § 37 Anm. 4; Kent, WZG. Nr. 525; Düringer-Hachenburg § 18 VII und § 19 I; Liebmann § 4 Nr. 4). Durch die im Verkehr häufig vorkommende Abkürzung „G. m. b. H." wird auch im Publikum häufig die Ansicht hervorgerufen, das es sich um eine Genossenschaft mit beschränkter Haftpflicht handle, was insbesondere dann zu Täuschungen Anlaß geben kann, wenn die Gesellschaft mit beschränkter Haftung eine Sachfirma führt. Der Zusatz „mit beschränkter Haftung" muß nicht gerade am Schlusse der Firma stehen; denn „Zusatz" ist „Beisatz" nicht „Schlußsatz" (OLG. Dresden in Holdheim 98, 60; LG. Bromberg in PosMschr. 01, 51; Recht 01, 390 [1560]; Liebmann § 4 Anm. 4; Staub-Hachenbung § 4 Anm. 6; Dernburg I § 89, IV a Abs. 2). Anderer Meinung ist LG. Frankfurt bei Holdheim 97, 220, sowie PosMschr. 97, 220; Esser § 4; Parisius-Crüger S. 72. Sie verlangen, daß der Zusatz „mit beschränkter Haltung" an den Schluß der Firma zu stellen sei, da die Firma in allen Fällen die zusätzliche Bezeichnung enthalten müsse. Als Folge der Nichtbefolgung dieser Vorschrift stellen sie eventuell Nichtigkeitserklärung gemäß § 75 G. betr. GmbH. hin. Die herrschende und wohl richtige Meinung dürfte die erstgenannte sein. Um den Unannehmlichkeiten einer schwankenden Rechtsprechung mit Rücksicht auf die hier meist auf dem Spiele stehenden erheblichen Interessen aus dem Wege zu gehen, so lange sich nicht eine feststehende Praxis der obersten Gerichte gebildet hat, dürfte es sich empfehlen, wenn irgend möglich den fraglichen Zusatz an den Schluß der Firma zu setzen.

Alle diese Vorschriften finden aber nur Anwendung auf die neugegründeten Gesellschaften mit beschränkter Haftung.

Abgeleitete Firmen dürfen mit oder ohne Nachfolgezusatz beibehalten werden (KG. vom 4. November 1901 in DJZ. 02, 202).

Zu bemerken wäre schließlich noch, daß die Gesellschaften mit beschränkter Haftung nicht den Vorschriften des § 15a GewO. über die Führung der Firma auf dem Ladenschild unterliegen.

§ 14.

Die Firma der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften.

Die Firma der Genossenschaft muß dem Gegenstand des Unternehmens entnommen werden und muß entsprechend der im § 2 des einschlägigen Gesetzes vorgesehenen Art der Genossenschaft die daselbst bestimmte zusätzliche Bezeichnung enthalten. Der Name von Genossen oder anderen Personen darf in die Firma nicht aufgenommen werden und jede neue Firma muß sich von allen an demselben Orte oder in derselben Gemeinde bereits bestehenden Firmen eingetragener Genossenschaften deutlich unterscheiden. Diese Bestimmung über die Bildung der Firma einer Genossenschaft enthält der § 3 GenG.

Die Firma einer Genossenschaft ist also im wesentlichen ebenso konstruiert wie bei einer Aktiengesellschaft. Während jedoch die letztere unter Umständen eine Personenfirma bzw. eine gemischte Firma führen darf, kann erstere nur eine reine Sachfirma führen. Nur bei Erfüllung dieser Bedingung darf die Genossenschaft eine erworbene Firma fortführen. Die Genossenschaft darf auch nur e i n e Firma haben (Johow 14, 33; Birkenbiehl-Maurer 48), während dies bei der Aktiengesellschaft bestritten ist (vgl. dort). Diese Vorschrift ist bedingt durch die besondere Regelung der Schuldenhaftung einer Genossenschaft. Im übrigen haben auf die Firma der Genossenschaft die allgemeinen, oben bereits behandelten firmenrechtlichen Vorschriften des Handelsgesetzbuches Anwendung zu finden, da die Genossenschaft gemäß § 17 GenG. Kaufmannsqualität

besitzt, natürlich nur insoweit, als sich aus den Gesetzen selbst keine Abweichungen ergeben. Eine Handelsgesellschaft ist die Genossenschaft nicht, während z. B. die Gesellschaft mit beschränkter Haftung ausdrücklich hierzu erklärt ist (Parisius-Krüger S. 225). Bezüglich des Gegenstandes des Unternehmens sei auf die bei Parisius-Krüger § 3 II 2 S. 95 zu findende Aufzählung der verschiedenen Arten von Genossenschaften und deren verschiedenen Unternehmungen verwiesen.

Das Gesetz schreibt weiter, wie für die Aktiengesellschaft, so auch für die Genossenschaft vor, daß die Firma einen ausgeschriebenen Zusatz enthalten muß, der die Art der Genossenschaft erkennen läßt. Der zitierte § 2 GenG. kennt drei verschiedene Arten von Genossenschaften, solche mit unbeschränkter Haftpflicht, mit unbeschränkter Nachschußpflicht und mit beschränkter Haftpflicht. Diese Bezeichnung bildet, wie die „mit beschränkter Haftung“ oder „Aktiengesellschaft“ einen Bestandteil der Firma und ist ihr stets in deutscher Sprache und vollständig ausgeschrieben beizufügen (vgl. Parisius-Krüger § 3 Nr. 5 S. 97; Birkenbiehl-Maurer S. 49; a. A. Proebst S. 31). Das Firmencorpus selbst darf fremdsprachlich sein z. B. polnisch (KG. in SeuffArch. 56, 9 und Ausführungen bei Parisius-Krüger hierzu § 3 II Nr. 1 und 5 Abs. 2). Parisius-Krüger § 3 Nr. 5 S. 97 vertritt die Ansicht, daß diese Bezeichnung stets am Schlusse der Firma zu stehen habe und daß deshalb eine Firma „Eingetragene Diskonto- und Spargenossenschaft mit unbeschränkter Haftpflicht“ nicht zulässig sei. Dieser Ansicht ist nicht beizupflichten. Das Wort „Zusatz“ ist hier ebenso wie bei den Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung als Beisatz zu verstehen. Es sei hier auf das in den die Firmen dieser Gesellschaftsarten behandelnden Ausführungen Gesagte hingewiesen und Bezug genommen auf die Entscheidung des Oberlandesgerichtes Dresden bei Holdheim 98, 60 und auf Parisius-Krüger, Kommentar zum G. betr. GmbH. § 4 Anm. 12.

Ob dieser Bestandteil allein zur Unterscheidung der Genossenschaftsfirma von der gleichen Firma einer anderen Gesellschaftsform im Sinne des § 30 HGB. ausreicht, ist bestritten (vgl. die Abhandlung über die Ausschließlichkeit der Firma und folgende Entscheidungen: KG. vom 4. November 1901 in DJZ. 7, 202; RG. vom 8. Februar 1902 in JW. 1902, 186; anders KG. vom 29. Januar 1903 in KGJ. 26 A 216). Aus der nicht glücklichen Fassung des § 3 Abs. 1 GenG. könnte man deduzieren, daß es genüge, wenn der Zusatz z. B. „mit unbeschränkter Haftpflicht" enthalte. Die Verweisung auf § 2 GenG. und die daselbst bestimmte, in Klammern beigesetzte zusätzliche Bezeichnung ergibt aber klar und deutlich, daß der Zusatz nur heißen darf: „eingetragenene Genossenschaft mit unbeschränkter Haftpflicht" usw. Dies ergibt übrigens auch die Entstehungsgeschichte des Abs. 1 (vgl. hierüber Näheres bei Parisius-Krüger § 3 Nr. 3 und 4).

Im Absatz 2 ist dann noch die ausdrückliche Bestimmung getroffen, daß die Firma den Namen von Genossen oder anderen Personen nicht enthalten darf. Durch diese Bestimmung soll Täuschungen des Publikums darüber vorgebeugt werden, daß außer den Genossen noch andere Personen hinter der Firma stehen und eventuell für deren Verbindlichkeiten haften. Der Aufnahme von historischen, mythologischen und Gemeingut gewordenen Namen steht auch bei der Genossenschaftsfirma nichts im Wege, da sich aus solchen Namen immer ergeben wird, daß von einer Mitgliedschaft dieser Personen keine Rede sein soll und kann. Die weiter in Absatz 2 getroffene Bestimmung wahrt das Prinzip der Ausschließlichkeit der Firma. Sie ist eigentlich überflüssig, da die Bestimmungen des § 30 HGB. sowieso auf die Genossenschaft als Kaufmann gemäß § 6 Abs. 2 HGB. Anwendung finden müssen.

Fraglich ist, ob der § 15a der GewO. sinngemäß auf Genossenschaften Anwendung zu finden hat oder ob besondere Polizeiverordnungen die Anwendung dieser Vorschrift auf

Genossenschaften ausdehnen können. Die Genossenschaft ist in § 15a nicht aufgezählt. Es ist deshalb anzunehmen, daß die Genossenschaft nicht verpflichtet ist, ihre Firma an der Außenseite ihres Geschäftslokals zu führen. Eine Entscheidung des Kammergerichts vom 15. März 1894 hat diesbezügliche Polizeiverordnungen für rechtsgültig erklärt. Diese Entscheidung steht jedenfalls mit dem Grundsatz in Widerspruch, daß Polizeivorschriften dem Reichsrecht nicht widersprechen dürfen; denn der Art. 9 EG. HGB. bzw. § 15a GewO. regelt diese Frage ausdrücklich reichsgesetzlich, zählt aber die Genossenschaft nicht mit auf. Daraus darf entnommen werden, daß diese Bestimmung auf Genossenschaften keine Anwendung zu finden hat und daß auch Polizeivorschriften die Genossenschaften rechtsgültig zur Befolgung dieser Bestimmung nicht zwingen können (vgl. BlGenossWes. 99, 517).

Zum Schlusse sei noch auf einige zum Firmenrecht der Genossenschaft gehörige Entscheidungen hoher Gerichte verwiesen. Werden nach den Statuten von einer Genossenschaft mehrere Geschäftszweige selbständig nebeneinander betrieben, so muß dies auch aus der Firma der Genossenschaft hervorgehen. Ist jedoch dem Statut zu entnehmen, daß von den mehreren Geschäftszweigen der eine den anderen derart überwiegt, daß er allein der Genossenschaft das charakteristische Gepräge gibt, so genügt es, wenn die Firma von diesem einen Hauptgegenstand entlehnt ist (KG. in OLGR. 9, 268). Die Firma „Maschinengenossenschaft e. G. m. b. H." ist zulässig, obwohl sie nicht erkennen läßt, ob der Handel mit Maschinen oder deren Benutzung bezweckt wird. Die Sachfirma einer Genossenschaft muß zwar den Gegenstand des Unternehmens im wesentlichen erkennen lassen, braucht ihn aber nicht erschöpfend wiederzugeben. Insbesondere ist nicht erforderlich, daß außer dem Objekte des Geschäftsbetriebes auch die Betriebsart angegeben wird (KG. bei Johow 30 A 145; Z. 60, 476). Genossenschaften, welche, wie das sehr häufig vorkommt, Bankgeschäfte betreiben, können ihrer Firma die Bezeichnung „Bank" zusetzen (OLGR. 14, 339; BlGenossWes. 07,716).

§ 15.

Die Firma der Privatversicherungsvereine auf Gegenseitigkeit.

Hinsichtlich dieser Gesellschaften, die eine Versicherung auf Gegenseitigkeit bezwecken, bemerkt die Denkschrift 5. 10 (Hahn S. 196): „Es ist zwar nicht zu verkennen, daß das Bedürfnis besteht, die für die Kaufleute geltenden Vorschriften auch auf die Versicherungsgesellschaften auf Gegenseitigkeit auszudehnen; in Ermangelung der gesetzlichen Festlegung des Begriffs dieser Gesellschaft ist jedoch eine solche Ausdehnung zurzeit nicht angängig. Es fehlt an bestimmten Merkmalen, aus denen die Abgrenzung der betreffenden Anstalten gegenüber anderen, hier notwendig ausscheidenden Instituten (Hilfskassen, Feuersozietäten, Brandkassen usw.) entnommen werden könnte. Die Einreihung der Gegenseitigkeitsgesellschaften unter die Kaufleute muß daher der gesetzlichen Regelung des Versicherungsrechts vorbehalten bleiben."

Solange eine derartige Regelung nicht erfolgt war, konnte natürlich von einer Anwendung der handelsrechtlichen Vorschriften, insbesondere des Firmenrechts nicht die Rede sein. Nunmehr hat sich aber die Sachlage geändert, da inzwischen das Reichsgesetz über die privaten Versicherungsunternehmungen vom 12. Mai 1901 in Kraft getreten ist. § 15 dieses Gesetzes verleiht Vereinen, die die Versicherung ihrer Mitglieder nach dem Grundsatze der Gegenseitigkeit betreiben in dem Augenblick die Rechtsfähigkeit, in dem ihnen von der Aufsichtsbehörde die Erlaubnis zum Geschäftsbetrieb als „Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit" erteilt wird. In § 16 PrivVersG. ist weiter vorgeschrieben, daß die in Beziehung auf Kaufleute im ersten und dritten Buche des Handelsgesetzbuches gegebenen Vorschriften mit Ausnahme der §§ 1 bis 7 auf die Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit entsprechende Anwendung zu finden haben, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt. Diese Art von

Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit unterstehen also dem Firmenrecht des Handelsgesetzbuches. Bezüglich der zu führenden Firma bestimmt § 18 PrivVersG., daß die Satzung den Namen (die Firma) des Vereins zu bestimmen hat, daß die Firma den Sitz des Vereins erkennen lassen soll und daß in der Firma oder in einem Zusatz ausgedrückt sein muß, daß Versicherung auf Gegenseitigkeit betrieben wird. Die Vorschrift des Abs. 2 findet jedoch gemäß § 53 PrivVersG. auf solche Vereine keine Anwendung, die bestimmungsgemäß keinen sachlich, örtlich oder hinsichtlich des Personenkreises engbegrenzten Wirkungskreis haben. Ebensowenig finden die für die größeren Vereine in §§ 30, 31, 32 PrivVersG. gegebenen Vorschriften über die Anmeldung der Firmen zum Handelsregister Anwendung.

Die Firma selbst ist also, wie bei der Aktiengesellschaft, Genossenschaft usw. dem Gegenstand des Unternehmens zu entlehnen. Es muß also eine Sachfirma sein. Da jedoch nicht ausdrücklich wie bei der Genossenschaft die Aufnahme von Personennamen in die Firma verboten ist, wird man auch Personen- bzw. gemischte Firmen so lange zulassen müssen, als dadurch nicht der § 18 Abs. 2 HGB. verletzt d. h. eine Täuschung des Publikums herbeigeführt wird. Der Zusatz, aus dem sich ergibt, daß Versicherung auf Gegenseitigkeit betrieben wird, ist Bestandteil der Firma. Analog den bei den Aktiengesellschaften, Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Genossenschaften usw. vorgeschriebenen Zusätzen muß auch hier der Zusatz in deutscher Sprache gefaßt und vollständig ausgeschrieben werden. Für letzteres insbesondere sprechen dieselben Erwägungen wie bei den oben zitierten Gesellschaftsformen. Es soll vor allem eine sonst leicht mögliche Täuschung des Publikums vermieden und dies durch den Zusatz in unschwer erkennbarer Weise darauf aufmerksam gemacht werden, um was für eine Gesellschaftsart es sich handelt, wer für die Verbindlichkeiten haftet usw. Man kann nun kaum behaupten, daß dies zutrifft, wenn es den Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit ge-

stattet sein soll, zu zeichnen „a. G." „V. a. G." Das große Publikum wird sich darunter gar nichts oder doch nur Falsches vorstellen (Wörner, der Verein auf Gegenseitigkeit, Leipzig 1904 S. 46). Gierke in Z. 55, 612, Veröffentlichungen des K. Aufsichtsamts für Privatversicherung 2, 116 und 133, und KG. bei Johow 26 A 69 wollen derartige Abkürzungen gelten lassen, während Keyssner in Z. 55, 294 und 304 und 612 der Entscheidung des Kammergerichtes mit Recht entgegentritt. Zugegeben ist allerdings, daß die Fassung des § 18 PrivVersG. betreffend den gesetzlichen Zusatz nicht so präzis und klar ist, wie die entsprechenden § 20 HGB., § 4 G. betr. GmbH., § 3 GenG. Jedoch kann aus diesem wohl nur redaktionellen Mangel nicht gefolgert werden, daß es die Absicht des Gesetzgebers gewesen ist, den für das sonstige Firmenrecht fundamentalen Grundsatz der Firmenwahrheit und möglichsten Durchsichtigkeit der Gesellschaftsform für das Publikum bei den Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit auszuschließen.

Wohin der gesetzliche Zusatz zu stehen kommt, ist auch hier einerlei. Die Vorschrift des § 18 des einschlägigen Gesetzes bringt insofern etwas Neues, als die Firma den Sitz des Vereins erkennen lassen soll. Durch diesen Zusatz des Sitzes wird dem Prinzip der Ausschließlichkeit der Firma noch mehr Rechnung getragen als im § 30 HGB., da durch ihn eine Unterscheidung auch von an anderen Orten im Handelsregister eingetragenen Versicherungsvereinen mit genau demselben Firmencorpus erreicht wird.

Da durch § 16 des Gesetzes ausdrücklich die Vorschriften des ersten Buches des Handelsgesetzbuches bis auf die §§ 1 bis 7 für anwendbar erklärt sind, so sind bei der Bildung der Firma solcher Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit alle firmenrechtlichen Vorschriften des Handelsgesetzbuches zu beobachten, insbesondere die Prinzipien der Wahrheit, der Ausschließlichkeit und der Öffentlichkeit der Firma, wie es näher an anderer Stelle, auf die verwiesen sei, erörtert ist. Die Versicherungsvereine werden mit der Verleihung der Rechtsfähigkeit juristische Personen. Es sind deshalb vor

allem die in § 33 HGB. gegebenen Vorschriften über die Firma dieser juristischen Personen zu beachten (vgl. die Abhandlung darüber). Auch für die Versicherungsvereine wird der Grundsatz Anwendung finden müssen, daß sie nur einen Namen, eine Firma führen dürfen wie die Aktiengesellschaften usw. und daß deshalb für sie der Erwerb eines Handelsgeschäftes mit Firma und die Fortführung der Firma mit Schwierigkeiten verbunden sein wird, zumal die Annahme der erworbenen Firma eine Änderung des statutenmäßigen Namens und damit eine Statutenänderung bedingt. Es wird für die Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit um so schwerer, wenn nicht unmöglich sein, weil ihre Firma den Zusatz verlangt, daß Versicherungen auf Gegenseitigkeit betrieben werden. Da der Erwerber eines Handelsgeschäfts aber die Firma nur für das erworbene Geschäft, d. h. bei Fortführung des Geschäfts auf der alten Grundlage führen darf, wird für Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit überhaupt nur der Erwerb eines anderen Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit in Frage kommen.

§ 16.

Die Firma der juristischen Personen und der gewerblichen Unternehmungen des Reichs, eines Bundesstaats oder eines Kommunalverbandes.

Der Begriff der juristischen Person steht rechtswissenschaftlich fest. Man versteht darunter Rechtsgebilde, denen, ohne daß sie physische Personen sind, Rechtsfähigkeit d. h. die Fähigkeit selbständige Träger von Rechten und Verbindlichkeiten zu sein, verliehen ist (vgl. Staub § 33). Der Begriff ist auch dem bürgerlichen Rechte zu entnehmen. Das bürgerliche Gesetzbuch unterscheidet Vereine (§§ 21 ff.) und Stiftungen (§§ 80 ff.). Vereine, deren Zweck auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, erlangen in Ermangelung reichsgesetzlicher Vorschriften Rechtsfähigkeit durch staatliche Verleihung. Vereine, die einen wirtschaft-

lichen Geschäftsbetrieb nicht bezwecken, erlangen Rechtsfähigkeit durch Eintragung in das Vereinsregister. Auf Grund besonderer reichsgesetzlicher Vorschriften ist die Rechtsfähigkeit verliehen z. B. den Kolonialgesellschaften, den Innungen, Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit (vgl. die Aufzählung solcher juristischer Personen bei Stranz-Gerhard 86 Anm. 13). Ferner besitzen Rechtsfähigkeit die sogenannten Formkaufleute d. h. diejenigen juristischen Personen, die ohne Rücksicht auf den Gegenstand des Unternehmens oder auf die Art und den Umfang ihres Gewerbebetriebes kraft ihrer Rechtsform zu Vollkaufleuten erklärt sind wie die Aktiengesellschaften, Aktienkommanditgesellschaften, Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften. Auf sie finden die §§ 33, 36 HGB., die das Firmenrecht der juristischen Personen behandeln, keine Anwendung, da sie an sich Vollkaufleute sind, aber nicht mit Rücksicht auf den Gegenstand oder auf die Art und den Umfang ihres Gewerbebetriebes, sondern kraft ihrer Rechtsform. In Betracht kommen hier schließlich noch die juristischen Personen des öffentlichen Rechts wie Reich, Bundesstaat und Kommunalverband, deren einschlägige Verhältnisse in § 36 HGB. besonders geregelt sind. Auch ausländische Korporationen können juristische Personen im Sinne des § 33 HGB. sein und zwar dann, wenn sie entweder nach ihrem Heimatsrechte rechtsfähig sind und ihre Rechtsfähigkeit durch den Bundesstaat anerkannt ist oder wenn ihnen, falls sie der Rechtsfähigkeit nach ihrem Heimatsrechte ermangeln, diese Rechtsfähigkeit durch Bundesratsschluß verliehen worden ist. Unter den § 33 HGB. fallen also nicht:

1. die juristischen Personen, die überhaupt in das Handelsregister nicht einzutragen sind, wie kraft gesetzlicher Vorschrift (§ 452 Satz 2 HGB.) die Postverwaltungen des Reichs und der Bundesstaaten und die Reichsbank (§ 66 des Bankgesetzes vom 14. März 1875);

2. alle gewerblichen Unternehmungen des Reichs, eines Bundesstaats oder eines inländischen Kommunalverbandes,

welche gemäß § 36 HGB. in das Handelsregister nicht eingetragen zu werden brauchen;

3. die sogenannten Formkaufleute wie Aktiengesellschaften usw.;

4. die nicht rechtsfähigen Vereine;

5. meist auch die in das Vereinsregister eingetragenen Vereine, deren Zweck auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb nicht gerichtet sein darf und die schon deshalb nicht Kaufleute sein können. Die anderen juristischen Personen sind in das Firmenregister kraft § 33 HGB. einzutragen und erwerben mit dem Eintrag Vollkaufmannsqualität und damit Firmenrecht, falls ihre Eintragung in das Register mit Rücksicht auf den Gegenstand oder auf die Art oder den Umfang des Gewerbebetriebes zu erfolgen hat.

Über die Bildung der Firma der juristischen Person schweigt das Gesetz. Es müssen deshalb die allgemeinen Vorschriften angewendet werden. Sie dürfen deshalb keine dem § 18 Abs. 2 HGB. widersprechende täuschende Zusätze aufnehmen und müssen den Vorschriften über die Ausschließlichkeit der Firmen entsprechen. Einig ist man sich in der Literatur darüber, daß die Firma der juristischen Person nicht dem § 20 HGB. zu entsprechen braucht (Lehmann-Ring § 33 Nr. 3; Düringer-Hachenburg § 33 III). Makower § 18 III, Goldmann § 33 Anm. 2 II 1 und Düringer-Hachenburg § 33 III wollen die juristische Person als Einzelkaufmann behandelt und die Vorschriften des § 18 Abs. 1 HGB. analog angewendet wissen. Nach ihnen muß also die Firma in der Regel aus dem Namen der juristischen Person gebildet werden, der ja gewöhnlich in den Statuten festgelegt ist. Auch Staub § 33 Anm. 10 kommt zu demselben Ergebnis. Er gesteht der juristischen Person im Gegensatz zu Lehmann-Ring § 33 Nr. 3 nicht das Recht zu, die Firma frei zu wählen, sondern verlangt auch, daß als Firma der Name der juristischen Person zu führen sei (KGJ. 17, 5; RG. in JW. 05, 721 [13]). Lehmann-Ring § 18 Nr. 10 hält die Anwendung der Vorschrift des § 18 Abs. 1 für ausgeschlossen, da die Voraus-

setzungen fehlten (Vorname und Familienname). Dies ist ja allerdings richtig, es soll aber doch auch nur eine sinngemäße Anwendung dieser Vorschrift erfolgen und ein Name, wenn auch kein Familienname, ist ja vorhanden. Er kommt übrigens doch zu demselben Schluß, daß nämlich Korporationen und Stiftungen als Firma ihren vollen Korporations- und Stiftungsnamen aufnehmen sollen. Selbstverständlich können — und das im Widerspruch zu § 18 Abs. 1 HGB. — die juristischen Personen auch gemischte Firmen führen, wie z. B. Weinhandlung der „Vereinigten Gesellschaft Darmstadt", mag sie mit einer Firma eingetragen sein oder nicht. Die juristische Person kann auch ein Handelsgeschäft mit Firma gemäß § 22 HGB. erwerben und das Geschäft unter der erworbenen Firma fortführen, wobei jedoch die allgemeinen Grundsätze über Firmenübergang zu wahren sind. Hier wird es allerdings auch darauf ankommen, ob die juristische Person nach ihren Statuten neben ihrem statutarisch festgelegten Namen noch einen anderen Namen als Firma führen darf. Darf sie dies nicht und will sie trotzdem die erworbene Firma führen, so muß sie die Firma als Namen durch Statutenänderung annehmen (vgl. Staub § 33 Anm. 10). Was schließlich noch die in § 36 HGB. besonders behandelten juristischen Personen des öffentlichen Rechts angeht (Aufzählung bei Stranz-Gerhard 72), so interessiert hier allein die Bestimmung, daß die gewerblichen Unternehmungen des Reichs, eines Bundesstaates oder eines Kommunalverbandes nicht verpflichtet sind, sich in das Handelsregister eintragen zu lassen. Für das Firmenrecht ist hier zu bemerken, daß der Staat und die Kommune, falls sie ein Handelsgewerbe nach § 1 Abs. 2 HGB. betreiben auch ohne Eintragung in das Firmenregister Vollkaufleute im Sinne des Handelsgesetzbuches, also firmenberechtigt sind. Betreiben sie aber ein Handelsgewerbe nach § 2 oder § 3 Abs. 2 HGB., so werden sie nur durch Eintragung Vollkaufleute und können nur dann eine Firma führen. Lassen sie sich nicht eintragen, so bleiben sie Nichtkaufleute und sind

nicht firmenberechtigt. Für die Gestaltung ihrer Firma selbst gilt dasselbe wie das für die juristischen Personen nach § 33 HGB. Gesagte. Meist wird hier der Gegenstand des Unternehmens mit einem Hinweis auf den Unternehmer die Firma bilden müssen, wie Reichsdruckerei, Bayerisches Hofbräuhaus, Frankfurter Ratskeller, Städtische Gasanstalt Offenbach oder nur Städtisches Wasserwerk.

§ 17.

Die Firma der Zweigniederlassung im Sinne des § 13 HGB.

Das Handelsgesetzbuch hat von einer Legaldefinition des Begriffs „Zweigniederlassung" abgesehen, und zwar, wie in der Denkschrift S. 25/26 dargetan ist, deshalb, weil sich eine solche in befriedigender Weise im Gesetz nicht geben lasse und die Rechtsprechung auch ohne eine solche gesetzliche Bestimmung bisher zu angemessenen Ergebnissen gelangt sei; die Zweifel, die sich unter Umständen erheben könnten, lägen mehr auf tatsächlichem Gebiete. In der Tat liegt eine sehr umfangreiche Judikatur über den Begriff des Zweiggeschäftes vor und auch die Literatur hat sich der Frage bemächtigt. Von letzterer sei folgendes als neueren Datums erwähnt: Agricola in Siebenhaars Arch. Bd. XII; Brendel in Gruchot 33, 213; W. Schulze im SächsArch. für bürgerliches Recht 7, 265 ff. und 359 ff.; Dengler, Die Stellung der Filiale im internen und internationalen Privatrechte, Zürich 1902; Ritter, Die allgemeinen Lehren des Handelsrechts, Berlin 1900; Heymann, Die Zweigniederlassung im Deutschen Handelsrechte, Leipzig 1907. Die Zweigniederlassung untersteht der Hauptniederlassung in BauersZ. 15, 25.

Es kann hier nicht näher auf den materiellrechtlichen Begriff der Zweigniederlassung eingegangen werden. Es sei hier nur die Definition des Kammergerichts (Johow 5, 22; 14, 12) zitiert und die einschlägige Judikatur aufgezeichnet. Das Kammergericht erachtet eine Zweigniederlassung als vor-

liegend, „wenn an einem anderen Orte als dem Sitze des Geschäfts durch die selbständige Tätigkeit einer von dem Inhaber des Hauptgeschäfts damit beauftragten Person Verträge, wie sie den Hauptgegenstand und den Zweck der Hauptniederlassung bilden, vermöge einer für die Dauer an dem anderen Orte getroffenen Einrichtung geschlossen werden." Mit dem Inhalte dieser Definition stimmen die Begriffsbestimmungen, die Staub, Goldmann, Düringer-Hachenburg, Makower und Lehmann-Ring in ihren Kommentaren und Cosack, Behrend und Gareis in ihren Lehrbüchern geben, so ziemlich überein. Von den Entscheidungen bzw. den Orten, wo sie zu finden, sei auf folgende verwiesen, auf Grund deren leicht festgestellt werden kann, was derzeit in der Judikatur als Zweigniederlassung im Sinne des Gesetzes angesehen wird, was nicht: RG. 38, 263; OLGR. 2, 198 (KG.); KGJ. 18 A. 17; SeuffArch. 55, 40; DJZ. 99, 444; KGBl. 8, 81; OLGR. 5, 223 KG.; OLGR. Rostock in MecklZ. 19, 93; OLGR. 2, 92; SächsArch. 12, 571; OLG. Dresden in SeuffArch. 55, 165; SächsOLG. 20, 422; LG. Mainz in HessRspr. 1, 44; SächsOLG. 21, 81; 18, 146; OLGR. 2, 91 (Dresden); OLGR. 2, 92 (Rostock); LG. Mainz in HessRspr. 5, 4; ZBlFG. 4, 799; RJA. 5, 56; ZBlFG. 5, 666; Recht 05, 147; OLGR. 11, 375 (KG.); OLGR. 14, 332; R. 07, 903 (KG.); Recht 07, 1148, (BayOLG.); RG. LZ. 07, 586.

An dieser Stelle ist nun zu untersuchen und festzustellen, welche Firma eine derartige Zweigniederlassung zu führen verpflichtet bzw. berechtigt ist. Es sei gleich hier bemerkt, daß sich in der Literatur wie in der Rechtsprechung zwei Lager gebildet haben. Es scheint so, als ob die Meinung Staubs und seiner Anhänger von der Judikatur allmählich zurückgedrängt werde und man der freieren Auffassung, vertreten insbesondere durch Goldmann, Düringer-Hachenburg, Opet und Cosack, zuneige.

Staub steht auf dem ausgesprochenen Standpunkt der Einheitlichkeit der Firma; als Firma der Zweigniederlassung ist diejenige der Hauptniederlassung anzunehmen (Staub § 30

Anm. 8). Ein Handelsgeschäft, auch wenn es in verschiedenen Niederlassungen an verschiedenen Orten betrieben wird, könne nur eine Firma haben (vgl. Entsch. d. KG. Neue Folge Bd. 1, S. 36 A; Dernburg Bd. 1 Anm. 7). Schon theoretisch aus dem Begriffe der Firma einerseits und dem der Zweigniederlassung andrerseits ergäbe sich das Erfordernis gleicher Firmierung. Staub nimmt weiter Bezug auf den Inhalt des § 13 HGB. und folgert die Richtigkeit seiner Ansicht daraus, daß dort bestimmt sei, daß die Anmeldungen in gleicher Weise bei dem Gerichte der Hauptniederlassung und der Zweigniederlassung zu erfolgen habe. Die Firma für beide Niederlassungen habe gleich zu sein, da der § 13 HGB. von dem „Inhaber der Firma" spreche und nicht von dem Kaufmann. Staub stellt deshalb mit Rücksicht auf die sich aus § 30 Abs. 3 HGB. eventuell ergebende Notwendigkeit eines Unterscheidungszusatzes die Forderung auf, daß, wenn auch eine absolute Firmenidentität in allen Fällen eben wegen § 30 Abs. 3 HGB. nicht verlangt werden könne, die Firma der Zweigniederlassung doch so beschaffen sein müsse, daß für jedermann die Identität mit der Firma der Hauptniederlassung erkennbar sei. Ausgeschlossen sei unter allen Umständen, daß die Firma der Zweigniederlassungen eine von der Firma der Hauptniederlassung absolut abweichende sei. Staub erkennt an, daß der Firma einer Zweigniederlassung ein Zusatz wie „Filiale", „Zweigniederlassung", weil dies üblich sei und auch zu Täuschungen keinen Anlaß gäbe, beigefügt werden könne, denn dadurch werde die Firmenidentität nicht aufgehoben. Wohl aber verwahrt er sich dagegen, daß die Firma der Zweigniederlassung ohne gesetzliche Notwendigkeit (§ 30 Abs. 3 HGB.) sie von der Hauptfirma unterscheidende Zusätze, wie etwa den Ausdruck eines Nachfolgeverhältnisses, besondere Branchebezeichnung usw. erhalten könnte. Nicht erlaubt soll es nach seiner Ansicht auch sein, daß ein Kaufmann ein anderes Handelsgeschäft gemäß § 22 HGB. mit Firma erwerbe und dieses Geschäft unter der erworbenen Firma allein oder unter Beifügung eines das Nachfolge-

verhältnis andeutenden Zusatzes als Zweigniederlassung weiter betreibe.

Den Standpunkt Staubs teilen Dengler S. 105, 147, 152, 164; Lehmann-Ring § 30 Nr. 6; § 201 Nr. 3; Puchelt, HGB. S. 53 Nr. 1a; Agricola a. a. O.; Lobe in ZBl. 2 S. 358.

Zweifellos ist das Prinzip der Firmeneinheitlichkeit durch die mit Rücksicht auf das Prinzip der Ausschließlichkeit der Firma notwendig gewordene Bestimmung des § 30 Abs. 3 HGB. durchlöchert worden. Und an diese Tatsache und weiter an die Bestimmung des § 50 Abs. 3 HGB. knüpfen denn auch in erster Linie die Verfechter der anderen Ansicht an, daß nämlich die Firma der Zweigniederlassung von derjenigen der Hauptniederlassung gänzlich verschieden sein dürfe. Opet vertritt in Z. 49, 98 ff. die Anschauung, daß die Zweigfirma keinesfalls mit der Hauptfirma übereinzustimmen oder wenigstens ihr nicht zu entsprechen brauche und Goldmann setzt sich (§ 30 Anm. 3 II 1) mit den von Staub angeführten Gründen ausführlich auseinander. Er meint, die Gründe Staubs seien für die Beantwortung dieser Frage belanglos, da die von ihm angezogenen Gesetzesbestimmungen sich nicht mit der Frage der Bildung der Firma von Zweigniederlassungen befaßten, sondern lediglich Vorschriften gäben, wie und wo die Anmeldung der Firma der Zweigniederlassung zu erfolgen habe. Weder aus dem Wesen der Zweigniederlassung, noch aus einer positiven Gesetzesbestimmung folge die Notwendigkeit der Identität der Firma von Haupt- und Zweigniederlassung. Zu den Begriffsmerkmalen der Zweigniederlassung gehöre diese Identität nicht, das ergäbe sich aus der Judikatur (vgl. die oben angeführten Entscheidungen). Wohl aber wiesen die Bestimmungen der § 30 Abs. 3, § 50 Abs. 3 und § 126 Abs. 3, § 15 Abs. 3 HGB. auf die Zulässigkeit der Firmenverschiedenheit hin. Dieser Ansicht Goldmanns haben sich namentlich Düringer-Hachenburg § 30 IV, Makower § 30, III allerdings ohne nähere Begründung seiner Ansicht, Rudorff zu § 30 S. 20, Dernburg I § 997 und Behrend § 38 Anm. 24 angeschlossen.

Die Frage über die Zulässigkeit der Firmenverschiedenheit ist insbesondere auch für die Aktiengesellschaft gegensätzlich behandelt (vgl. Staub § 201 Anm. 8; Lehmann-Ring 201 Nr. 3; Goldmann § 201 Ziff. 8, 9, 10). Staub vertritt natürlich auch hier die Ansicht, daß die Zweigfirma eine von der Hauptfirma nicht absolut verschiedene sein dürfe und verlangt, falls der erforderliche Zusatz eine wirkliche Verschiedenheit begründe, Firmenänderung auf statutarischem Wege, dies schon deshalb, weil die Aktiengesellschaft auf keinen Fall zwei verschiedene Firmen habe dürfe. Zusätze wie „Filiale" oder „Filiale Offenbach a/M." begründen auch hier nach Staub keine wirkliche Verschiedenheit der Firma. Demgegenüber hält Goldmann prinzipiell daran fest, daß die Firma der Zweigniederlassung einer Aktiengesellschaft von der Firma der Hauptniederlassung völlig verschieden sein könne, während er andrerseits §§ 2 Anm. 2 und 182 Ziff. 15 den Standpunkt vertritt, daß eine Aktiengesellschaft niemals zwei Firmen haben dürfe.

Man wird die von Goldmann usw. im Gegensatz zu Staub vertretene Ansicht als richtig anerkennen müssen und zwar aus folgenden Erwägungen: einmal macht der § 30 Abs. 3 HGB. häufig die Verschiedenheit der Firmen der Haupt- und Zweigniederlassung durch Beifügung eines deutlich unterscheidenden Zusatzes zu letzterer notwendig. Die Doktrin ist sich weiter auch darüber einig, daß die Beifügung von Zusätzen zur Hauptfirma, die sie gerade als Firma der Zweigniederlassung kennzeichnen sollen, wie „Filiale", „Zweigniederlassung", „Kommandite" zulässig ist, obgleich doch dadurch auch eine äußerliche Verschiedenheit der Firmen geschaffen wird. Schließlich sprechen aber auch Utilitätsrücksichten für diese Meinung. Denn wäre die Ansicht Staubs die richtige, so wäre einer Hauptniederlassung, die ein anderes Geschäft mit Firma zwecks Weiterführung als Zweigniederlassung erworben hat, die Möglichkeit genommen, den „idealen" Wert, den die Firma des erworbenen Geschäfts gerade für den Ort und die Gegend der Filialfirma

häufig hat, zu erhalten. Und diese notwendige Folge läge nicht im Interesse des Handels, dürfte auch kaum der ratio legis entsprechen.

Aus dem Wortlaut des Gesetzes heraus wird sich allerdings die Frage kaum lösen lassen. Auffallend ist, daß das neue Handelsgesetzbuch zu dieser Frage keine Stellung genommen hat, obgleich bereits unter der Herrschaft des alten Handelsgesetzbuches die Frage in Doktrin und Judikatur bestritten war (vgl. einerseits Staub 5. Aufl. S. 46 § 2 und die dort zitierten Entscheidungen des OG. Wien bei Adler u. Clemens Nr. 1047 und 1229 und andrerseits Behrend 224 und die Entscheidung des Kammergerichts bei Johow 14, 13). Allerdings kann aus diesem Schweigen nicht auf die Zulässigkeit der Verschiedenheit der Firmen geschlossen werden wie Goldmann § 30 Anm. 3 III annehmen will, da diese Frage im alten Recht keine unbestrittene gewesen ist und selbst, wenn dies der Fall gewesen wäre und das neue Recht die Möglichkeit der Firmenverschiedenheit für Haupt- und Zweigniederlassung hätte vermieden wissen wollen, nur eine entsprechende, ausdrückliche, gesetzliche Vorschrift notwendig gewesen wäre. So aber hat das neue Handelsgesetzbuch die Lösung der Frage der Judikatur überlassen, die denn auch bereits in einigen Entscheidungen zu der Frage Stellung genommen hat.

Was die Rechtsprechung zu dieser Frage angeht, so ist in ihr unbestritten, daß die Indentität der Haupt- und Zweigfirma durch einen nach § 30 Abs. 3 HGB. erforderlichen Zusatz nicht zerstört wird, daß dieser Zusatz aber so gefaßt werden soll, daß die Hauptfirma erkennbar bleibt (Recht 06 S. 1270; vgl. auch OLG. Darmstadt in OLGR. 13 S. 38) ,wie das denn auch der positiven Gesetzesvorschrift entspricht. Unbestritten ist es ferner, daß für eine Zweigniederlassung eine Firma geführt werden darf, die gemäß § 50 Abs 3 HGB. in der Weise gebildet wird, daß der Gesellschaftsfirma ein sie als Firma der Zweigniederlassung bezeichnender Zusatz (z. B. „Filiale der Wechselbank") beigefügt wird (Bay-

ObLG. Beschl. vom 10. Februar 1906 in OLGR. 12, 409; OLGR. 2, 198; KGJ. 20 A 36).

Verschieden beantwortet wird aber die Frage, ob die Zweigniederlassung eine von der Firma der Hauptniederlassung gänzlich verschiedene Firma haben dürfe, ob sie insbesondere als Zusatz die Firma eines hinzuerworbenen Geschäfts gebrauchen dürfe. Es stehen sich hier die Entscheidungen des Oberlandesgerichtes Darmstadt vom 17. Juni 1906 und die des Bayerischen Obersten Landesgerichts vom 10. Februar 1906 gegenüber. Erstere ist abgedruckt in OLGR. 13, 38; BauersZ. 13, 271; ZBlFG. 7, 318; Recht 06 S. 127a; HessRspr. 7, 137; letztere in OLGR. 12, 409; BauersZ. 13, 253; BankArch. 5, 229; ZBlFG. 6, 888 und 901; BayZfR. 06, 144; RJA. 7, 144; Recht 06, 934; BayObLG. 6, 63; Jur. Rundschau 5, 139; SeuffBl. 06, 631.

Die Darmstädter Entscheidung kommt zu dem Schluß, daß bei richtiger Auslegung der §§ 13, 30, 50, 126 HGB. Gleichheit der Haupt- und Nebenfirma verlangt werden müsse, daß also die Filiale der in Homburg v. d. Höhe bestehenden „Landgräflich Hessischen konzessionierten Landesbank“ nicht firmiren dürfe „Friedberger Bank, Filiale der Landgräflich Hessischen konzessionierten Landesbank,“ da dies mit dem Gesetz der Firmeneinheit unvereinbar sei und hier das, was der eigentliche Name sein sollte „Landgräflich Hessischen konzessionierten Landesbank“ als nebensächlicher Zusatz erscheine. Auf dem Standpunkt des Darmstädter Urteils steht auch die in der BadRpr. 01, 208 und ZBlFG. 2, 358 abgedruckte Entscheidung.

Das bayerische Oberste Landesgericht hat hingegen entschieden, daß eine Aktiengesellschaft H. B., welche ein Bankgeschäft von H. H. in B. erworben hat und als Filiale weiterführt, für dieses Zweiggeschäft die Firma: „B. H., Filiale B., vormals H. H.“ führen dürfe; denn diese Firma lasse keinen Zweifel darüber aufkommen, daß die vormals von H. H. betriebenen Geschäfte von der B. H. nicht als selbständige Handelsgeschäfte, sondern als Zweiggeschäfte ihres Gesell-

schaftsunternehmens fortgeführt werden. Das bayerische Oberste Landesgericht hat in einer späteren Entscheidung 1907 nochmals zu derselben Frage Stellung genommen (KGJ. 32 A 301; RJA. 7, 114; Jahrb. 1908 § 184, 4) und hat dort folgende Grundsätze aufgestellt:

„Es ist allgemein anerkannt und steht mit dem Grundsatz der Firmeneinheit bei der Aktiengesellschaft nicht in Widerspruch, daß für eine Zweigniederlassung einer Aktiengesellschaft eine Firma gebildet werden darf, derart, daß der Gesellschaftsfirma ein sie als Firma der Zweigniederlassung kennzeichnender Zusatz beigefügt ist. Die so gebildete Firma läßt klar erkennen, daß der Betrieb, für den sie geführt wird, nicht ein selbständiges Unternehmen, sondern ein Bestandteil des Unternehmens der Aktiengesellschaft ist. Ebenso erscheinen auch andere Zusätze zu der Firma der Zweigniederlassung entgegen Staub (§ 201 Anm. 6 bzw. jetzt 8) nicht unzulässig, solange sie die Aufgabe der Firma, die Zweigniederlassung als Zweiggeschäft der Aktiengesellschaft zu kennzeichnen, nicht beeinträchtigen. Ein solcher Zusatz ist der Nachfolgezusatz gemäß § 22."

Es darf also, wie bereits oben hervorgehoben, angenommen werden, daß die Ansicht Staubs in der Judikatur überwiegend nicht durchgedrungen ist und das dürfte aus den oben erörterten Gründen zu billigen sein.

Insofern hat Staub aber Recht, als eine Aktiengesellschaft nicht ein Handelsgeschäft mit Firma gemäß § 22 HGB. erwerben und als Zweiggeschäft unter der neuen Firma führen kann, so daß zwei absolut verschiedene Firmen vorliegen. Die Aktiengesellschaft kann in solchem Falle nur ihrer Firma einen Zusatz geben, wie z. B. „Filiale", der sie als Firma des Zweiggeschäftes kennzeichnet und dieser Firma des Zweiggeschäftes wiederum einen Nachfolgezusatz. Die Ansichten Goldmanns (§ 30 Anm. 3 II) 3 und seiner Anhänger müssen also dahin rektifiziert werden, daß nicht einfach gesagt werden darf, die Firmen der Haupt- und Zweigniederlassung dürfen grundsätzlich völlig verschieden sein. Es muß vielmehr diese

Ansicht dahin beschränkt werden: die Zweigniederlassung darf außer den aus § 30 Abs. 3 HGB. notwendigen, unterscheidenden und außer den gemäß § 30 Abs. 3 erlaubten, die Filialeigenschaft andeutenden Zusätzen auch andere erhalten, die zur Unterscheidung des Geschäftes dienen, wie insbesondere zur Andeutung eines Nachfolgeverhältnisses. Diese Ansicht ist auch sehr wohl mit dem Grundsatz vereinbar, daß Handelsgesellschaften und insbesondere Aktiengesellschaften grundsätzlich nur eine Firma haben dürfen. Es liegen dann eben nicht zwei verschiedene Firmen vor, sondern die Einheitlichkeit der Firma ist gewahrt, da die Hauptfirma stets als die Trägerin der durch die Betätigung der Zweigniederlassung begründeten Rechte und Pflichten nach außen erscheint, die Zweigniederlassung jedoch stets nur als die untergeordnete, abhängige Filiale ohne eigene Rechtssubjektivität.

Hervorgehoben sei schließlich noch eine Entscheidung des Landgerichts Waldshut bei Bauer 9, 33, wonach der Zusatz „Aktiengesellschaft" auch bei der Firma der Zweigniederlassung notwendig ist und eine in der BadRpr. 01, 208 und ZBlFG. 2, 358 abgedruckte Entscheidung, wonach die Firma der Zweigniederlassung einer Aktiengesellschaft, auch wenn dies für die Hauptniederlassung zur Zeit der Errichtung nicht erforderlich war, den Zusatz „Aktiengesellschaft" haben muß.

Für die Gesellschaft mit beschränkter Haftung muß das für die Aktiengesellschaft Gesagte Anwendung finden und deshalb angenommen werden, daß die Firma der Zweigniederlassung von der der Hauptniederlassung verschieden sein kann, mit der Einschränkung, daß aus der Firma des Zweiggeschäfts immer ersichtlich sein muß, daß es sich um kein selbständiges Handelsgeschäft, sondern um ein Zweiggeschäft der Gesellschaft mit beschränkter Haftung handelt (vgl. Staub-Hachenburg, GmbH. § 4 Anm. 28).

§ 18.
Mehrheit der Firmenführung.

Der Einzelkaufmann wie die Handelsgesellschaften sind verpflichtet, für ihr Handelsgewerbe stets die Firma, so wie sie angemeldet ist, ohne jede Veränderung zu führen. Der Gebrauch verschiedener Firmen für denselben Geschäftsbetrieb ist unzulässig, mögen dieselben gänzlich verschiedenartig sein oder nur geringfügige Abweichungen voneinander aufweisen (Kent Nr. 520). Gewisse Abweichungen sind nur bei den Firmen der Haupt- und Zweigniederlassungen angängig. Sie sind dort behandelt. Auch darf die Firma im Verkehr mit dem Auslande nicht der dortigen Sprache angepaßt werden („Löwendall" statt „Löwenthal: RG. 25, 119). Einen Firmenschutz genießt eine derartig abgeänderte Firma jedenfalls nicht. Eine andere Frage ist, ob Einzelkaufleute, offene Handelsgesellschaften, Kommanditgesellschaften, Aktiengesellschaften beider Arten, Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Genossenschaften mehrere Firmen für mehrere selbständige Geschäfte führen dürfen.

Bezüglich des Einzelkaufmanns wurde die Möglichkeit bereits auf der Nürnberger Konferenz anerkannt (P. 920), ebenso in der Preußischen Instruktion vom 12. Dezember 1861 (JMBl. 328; Makower § 17 III c). Heute ist es in der Literatur durchweg anerkannt, daß der Einzelkaufmann für mehrere, gesondert voneinander betriebene Geschäfte auch mehrere verschiedene Firmen haben kann (Staub § 13 Anm. 3; § 17 Anm. 3; Düringer-Hachenburg § 18 LV.; Makower § 17 IIIc; Lehmann-Ring § 17 Nr. 17 Nr. 4; Goldmann § 19 Anm. 6). Auch die Judikatur teilt überwiegend diese Ansicht (ROHG. 20, 34; Johow 14, 36; SeuffArch. 57, 151; ZBlFG. 2, 900; OLG. München in Z. 42, 500; RGSt. 5, 408; 23, 349). Erwirbt ein Einzelkaufmann ein bestehendes Handelsgeschäft gemäß § 22 HGB. mit der Firma, vereinigt beide Firmen tatsächlich miteinander, so muß er entweder die frühere Firma für beide Geschäfte unverändert fortführen

oder er kann die neuerworbene Firma annehmen, muß dann aber die alte Firma ablegen und löschen lassen (Behrend § 40 Anm. 69). Auf keinen Fall darf er beide Firmen miteinander vereinigen oder beide getrennt oder abwechselnd führen (vgl. Staub § 17 Anm. 3). Führt er hingegen das neuerworbene Geschäft als selbständigen und getrennten Betrieb fort, so steht nichts entgegen, daß er die neuerworbene Firma für diesen Betrieb beibehält.

Offene Handelsgesellschaften und Kommanditgesellschaften können hingegen nur eine Firma führen; denn etwas anderes würde den gesetzlichen Vorschriften über ihre Organisation widersprechen, da die Firma eine wesentliche Voraussetzung, ein Essentiale der Existenz dieser Handelsgesellschaften ist (übereinstimmend: Staub § 17 Anm. 3; § 19, Anm. 6; § 105, Anm. 39; Goldmann § 19 Anm. 6; Düringer-Hachenburg § 19 III; Lehmann-Ring § 19 Nr. 9; anderer Ansicht: scheinbar Makower § 17 IIIc, der wenigstens für Aktiengesellschaften die Führung verschiedener Firmen zulassen will).

Erwirbt die offene Handelsgesellschaft oder die Kommanditgesellschaft ein bestehendes Handelsgeschäft gemäß § 22 HGB. mit Firma, so hat sie nur die Wahl, für die beiden vereinigten Geschäfte die alte Firma gemeinschaftlich zu führen oder ihre Firma unter Aufgabe der alten in die neuerworbene umzuändern (Holdheim 07, 19). Nicht ausgeschlossen ist dagegen, daß die in einer offenen Handelsgesellschaft vereinigten Handelsgesellschaften für mehrere andere Handelsgewerbe mehrere andere offene Handelsgesellschaften bilden, und für diese andere Firmen führen (RG. 16, 16; 32, 34; ROHG. 24, 156; Bolze 19 Nr. 626; OLG. Hamburg in Z. 40, 456; KGJ. 28 A 253; Staub § 105 Anm. 39; Goldmann § 19 Anm. 6; Düringer-Hachenburg § 19 III). Es liegen dann eben verschiedene offene Handelsgesellschaften vor. Erwirbt also eine offene Handelsgesellschaft ein anderes Handelsgeschäft mit Firma, so können die Handelsgesellschafter als Erwerber in das Handelsregister eingetragen werden und

bilden dann unter Erhaltung der bisherigen Firma eine von der seither bestehenden Gesellschaft verschiedene offene Handelsgesellschaft (vgl. Lehmann-Ring § 19 Nr. 4; Goldmann § 19 Anm. 6; Staub § 22 Anm. 12; KG. in RJA. 3, 14).

Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien dürfen stets nur eine Firma führen auch bei Betrieb mehrerer Geschäfte. Einer doppelten Firmenführung widersprechen die für diese Gesellschaft geltenden Sonderbestimmungen (§ 182 Nr. 1 Abs. 2 HGB.). Bei Aktiengesellschaften sind Name und Firma identisch und es ist ausgesprochener Wille des Gesetzgebers, daß sie nur einen Namen, eine Firma haben soll. Er spricht deshalb auch in § 182 Abs. 2 Nr. 1 und § 233 HGB. nur von „der" Firma. Eine Mehrheit von Firmen würde auch wie bei der offenen Handelsgesellschaft der gesetzlichen Organisation widersprechen, da die Firma eine wesentliche Voraussetzung der Existenz der Aktiengesellschaft ist. Es muß diese Ansicht als richtig schon deshalb angenommen werden, weil, wie oben ausgeführt, für eine einzelne Handelsniederlassung nur eine Firma geführt werden kann. Die Aktiengesellschaft hat aber nach dem Gesetz begrifflich nur eine einzige Hauptniederlassung (vgl. Dengler, Filiale 289) und das ist ihr Sitz (Staub § 182 Anm. 17; Lehmann-Ring § 182 Nr. 6; RG. 59, 107; BauersZ. 12, 149, 220). Für die Firma etwaiger Zweigniederlassungen ist die Firma der Hauptniederlassung maßgebend. Die gleiche Ansicht wie Staub (§§ 22 Anm. 12 und 182 Anm. 16), Lehmann-Ring (§ 20 Nr. 4, § 182 Nr. 5), Goldmann (§ 22 Anm. 2, § 182 Ziff. 15), Düringer-Hachenburg (§ 20 III) vertreten: Lehmann, Recht der Aktiengesellschaften S. 152; Ring 184; KGJ. 12, 22; 14, 36; 16, 8; 20 A S. 39; OLG. München in Holdheim 6, 254; BayObLG. in Holdheim 3, 25; Recht 00, 377; ZfAktWes. 11, 43; Z. 51, 231.

Anderer Ansicht sind Behrend § 34 Anm. 33; Opet in Z. 49, 66; Hinsberg in Holdheim 6, 254; David in Holdheim 5, 245 und insbesondere Makower § 17 IIIc. Letzterer begründet seine Ansicht damit, daß das Gesetz keinerlei Be-

stimmung enthalte, welche in dieser Beziehung die Aktiengesellschaften von Einzelkaufleuten unterscheide. Da die Übernahme des zweiten Geschäfts, nicht die Annahme der zweiten Firma das wirtschaftlich Wesentliche sei und ersteres jedenfalls erlaubt sei, so sei nicht ersichtlich, wie gerade durch Annahme einer zweiten Firma die wirtschaftlich sichernden Gründungsvorschriften leichter als sonst umgangen werden könnten.

Als herrschende Ansicht darf wohl und mit Recht die Staubs bezeichnet werden. Das gesamte Unternehmen der Aktiengesellschaft, auch wenn es mehrere Betriebe umfaßt, gilt als ein einheitliches Unternehmen und wie die Aktiengesellschaft nur einen Sitz, so kann sie auch nur eine Firma haben, die zugleich ihr Name ist (vgl. BayObLG. Beschl. vom 10. Februar 1906 in OLGR. S. 409).

Das Prinzip, daß die Aktiengesellschaften nur eine Firma führen dürfen, erleidet eine geringe Modifikation nur durch die Bestimmung der §§ 13, 30, 201 HGB., wonach der Name der Aktiengesellschaft, die eine Zweigniederlassung errichtet, sich von allen, an demselben Ort oder in derselben Gemeinde bereits bestehenden und in das Handelsregister eingetragenen Firmen deutlich unterscheiden muß. Diese Frage ist in der Abhandlung über die Firma der Zweigniederlassung näher beleuchtet.

Erwirbt eine Aktiengesellschaft ein bestehendes Handelsgeschäft gemäß § 22 HGB. mit Firma, so kann sie nur entweder die alte Firma für beide Geschäfte beibehalten oder unter Abänderung des Gesellschaftsvertrages eine der erworbenen entsprechende Firma annehmen. Sie darf also auf keinen Fall die Firma des erworbenen Geschäfts gesondert für die Zwecke dieses Geschäfts und die alte Firma für die übrigen Geschäfte führen (Staub § 22 Anm. 12; Lehmann-Ring § 182 Nr. 5; Lehmann, Recht der Aktiengesellschaften S. 152; Keyßner in Z. 21, 410 ff.; RG. in RJA. 7, 114; MecklZ. 25, 263). Die Aktiengesellschaft kann auch gemäß § 22

HGB. ihrer bisherigen Firma die neuerworbene Firma mit einem das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatz beifügen (Staub § 22 Anm. 12; Lehmann a. a. O. S. 152).

Zu beantworten wäre hier vielleicht noch die Frage, ob eine Aktiengesellschaft Mitglied einer offenen Handelsgesellschaft sein kann. Während dies für den Einzelkaufmann zu bejahen ist (vgl. Düringer-Hachenburg § 18 IV), ist es für die Aktiengesellschaft zu verneinen. Die Aktiengesellschaft kann Handelsgeschäfte nur unter der ihr nach dem Gesetze eignen Form betreiben und kann als solche niemals das persönliche Substrat einer offenen Handelsgesellschaft bilden. Dies schon deshalb nicht, weil sonst der andere offene Handelsgesellschafter über das Vermögen der Aktiengesellschaft verfügen könnte, was den gesetzlichen Bestimmungen über den Schutz des Vermögens der Aktiengesellschaft zuwiderliefe. Wohl aber kann sich die Aktiengesellschaft an einer Kommanditgesellschaft als Kommanditist, einer anderen Aktiengesellschaft oder einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung beteiligen; denn in diesem Falle haftet sie nur mit der nach dem Gesellschaftsvertrag genau begrenzten Vermögenseinlage (SächsOLG. 23, 232; Holdheim 9, 21; ZfAkt.-Wes. 9, 158; 10, 179).

Auch eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung kann nur eine Firma haben (Staub § 22 Anm. 12; Düringer-Hachenburg § 4 Anm. 19; KGJ. 14, 34; Liebmann § 4 Ziff. 2). Erwirbt die Gesellschaft mit beschränkter Haftung ein Handelsgeschäft mit Firma gemäß § 22 HGB., so muß sie, falls sie die neuerworbene Firma fortführen will, gerade wie die Aktiengesellschaft durch Statutenänderung ihre bisherige Firma abändern. Da also hier dasselbe gilt wie bei den Aktiengesellschaften, darf wohl mit Staub angenommen werden, daß die Gesellschaft mit beschränkter Haftung ihrer bisherigen Firma die neuerworbene Firma mit einem das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatz hinzufügen darf. Immer ist aber auch dazu eine Statutenänderung notwendig. Über die Firma der Zweigniederlassung einer

Gesellschaft mit beschränkter Haftung vergleiche das unter „Die Firma der Zweigniederlassung“ Gesagte.

Dieselben Grundsätze haben auf die Firmen der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften und selbstredend auch auf die juristischen Personen im Sinne der §§ 33, 36 HGB. Anwendung zu finden.

Lehmann-Ring (§ 33 Nr. 3) verficht allerdings die Ansicht, daß die juristische Person wie der Einzelkaufmann zwei Firmen führen können, z. B. eine neu angenommene und eine erworbene, vorausgesetzt, daß sie zwei verschiedene Geschäfte führt; doch dürfte diese Ansicht mit Rücksicht auf das oben zur Aktiengesellschaft Ausgeführte nicht zu billigen sein.

§ 19.

Die Firma im Grundbuchrecht.

Unter ihrer Firma Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben und demgemäß als Eigentümer bzw. Hypothekengläubiger usw. eingetragen werden können ohne Zweifel alle handelsrechtlichen Gesellschaften wie offene Handelsgesellschaften, Kommanditgesellschaften, Aktiengesellschaften, Gesellschaften mit beschränkter Haftung und eingetragene Genossenschaften (vgl. §§ 124, 161 Abs. 2, 210, 320 Abs. 2 HGB.; § 13 G. betr. GmbH.; § 17 GenG.; § 33 GBO.). Dies kommt daher, daß sie im Rechtsverkehr überhaupt nur unter ihrer Firma auftreten können, wie denn bei Aktiengesellschaften usw. Name und Firma identische Begriffe sind.

Bezüglich des Einzelkaufmanns ist es stets bestritten gewesen — auch unter dem alten Handelsgesetzbuche —, ob er unter seiner Firma in das Grundbuch eingetragen werden kann oder nicht. In der Literatur haben sich zwei Lager gebildet. Die einen vertreten mit Nachdruck den Standpunkt, daß die Eintragung des Einzelkaufmanns im Grundbuch unter seinem bürgerlichen Namen und niemals unter seiner Firma zu erfolgen habe. Die Verfechter dieser Meinung bilden

die Mehrheit und — was vorausgeschickt sei — auch die Praxis hat sich überwiegend auf ihre Seite gestellt. Zu ihnen gehören unter anderen: Staub § 17 Anm. 8, 9, 10; Lehmann-Ring § 17 Nr. 8a; Dernburg, BGB. I § 99; Planck, BGB. § 1115 Note 2a; Biermann, Sachenrecht § 115 Nr. 1; Staudinger § 1115 I c.; Oberneck in Gruchot 43 S. 697; Achilles-Strecker GBO. 189; Oberneck GBO. 57; Turnau-Förster § 1115 Anm. 1a; Olshausen 78,79; Goecker im Recht 03, 453; Neumann, Handausgabe a. a. O.; Eccius 3 § 189 Nr. 19a. Zur Begründung dieses Standpunktes wird angeführt, daß die Offenlegung des bürgerlichen Namens überall da gefordert werden müsse, wo sie aus „öffentlich-rechtlichen Gründen zur möglichst sicheren Feststellung der Identität" notwendig sei, also namentlich da, wo es sich um Eintragungen in öffentliche Bücher und Register, insbesondere das Grundbuch handle. Das Prinzip der Publizität, die Natur des ganzen Grundbuchrechts erfordert, daß der wahre Eigentümer für jedermann sofort, mit höchsterreichbarer Sicherheit, Klarheit und Schnelligkeit erkennbar sei. Zur Begründung wird auch auf den § 33 GBO. hingewiesen, der nur von Eintragungen von Handelsgesellschaften handelt, aber keinerlei Bestimmungen über das Verfahren bei Eintragungen für Einzelkaufleute bzw. deren Firmen trifft.

Die andere Partei ist insbesondere vertreten durch Goldmann, HGB. § 17 IV 2; Düringer-Hachenburg § 17 IX; Cosack § 16, 40; Fuchs, Grundbuchrecht I 395; Boehm § 1156 Note 2; Löwenthal, Firmenrecht 61/62; Littauer § 17 Anm. e. Nach deren Ansicht soll die Eintragung des Einzelkaufmanns unter ihrer Firma zulässig sein. Ihre Begründung ist, die Firma sei der Name, unter dem der Kaufmann im Handel seine Geschäfte betreibe, seine Unterschrift, ja sogar seine Wechselunterschrift abgebe, unter der er klage und verklagt werden könne. Es liege kein aus dem Gesetz ersichtlicher Grund vor, davon eine Ausnahme zu machen, wenn der Kaufmann in seinem Handelsgewerbe Grundeigentum erwerbe oder auf Grund eines von ihm etwa erwirkten Urteils gemäß

§ 866 ZPO. Zwangsvollstreckung durch Eintragung einer Sicherheitshypothek betreibe. Ausschlaggebend sei, daß die Bestimmung des Art. 275 im alten Handelsgesetzbuch, daß Verträge über unbewegliche Sachen keine Handelsgeschäfte seien, aufgehoben sei, daß also jetzt der Erwerb eines Grundstücks durch einen Kaufmann ein Handelsgeschäft sein könne. Da die Firma des Kaufmanns der Name sei, unter dem er im Handelsverkehr auftrete, so habe der Kaufmann, wenn er in seinem Handelsgewerbe ein Grundstück erwerbe, dies unter seinem Namen, d. h. seiner Firma zu tun. Der Hauptgrund der Gegner, daß eine genügende Bestimmtheit des Gläubigers z. B. bei dem Eintrag einer Hypothek oder des Eigentümers, bei dem Eintrag eines Eigentumswechsels nicht gegeben sei, sei nicht unstichhaltig; denn unter Bestimmtheit im Sinne des § 1113 BGB. sei nur die Möglichkeit zu verstehen, die Identität des Gläubigers festzustellen. Nicht verlangt werde, daß die Eintragung auf den Namen eines bestimmten Gläubigers geschehe. Die Eintragung habe nur so genau zu erfolgen, daß kein begründeter Zweifel an der Identität des Gläubigers aufkommen könnte.

Die Rechtsprechung hat sich, wie gesagt, der ersten Meinung überwiegend angeschlossen, so KG. im KGJ. 26 A 135; BankArch. 2, 126; Holdheim 12, 123; LG. Darmstadt in HessRspr. 4, 44; LG. II. Berlin in KGBl. 11, 88; ZBlFG. 1, 554; OLG. Jena in ThürBl. 49, 177; Recht 02, 512; RJA. 3, 196; BayObLG. Bd. 6 (n. F.) S. 523.

Für die andere Ansicht liegt hauptsächlich eine Entscheidung des OLG. Colmar vor in OLGR. 5, 254; Recht 02, 533 ZBlFG. 3, 255 und ReicheltsZ. 33, 614; diese Entscheidung führt die Hauptgründe der Gegner der von Staub und Genossen vertretenen Ansicht zusammenfassend auf.

Es kann nicht verkannt werden, daß die Verfechter des Prinzips der Eintragbarkeit der Firma des Einzelkaufmanns in das Grundbuch einige Gründe vorbringen, die sich hören und durch Bezugnahme auf das Gesetz belegen lassen. Es muß auch betont werden, daß insbesondere die Motive zu

§ 1115 BGB. hervorheben, daß bei der Eintragung einer Hypothek der Gläubiger nicht ausschließlich mit seinem Namen, sondern auch mit einer anderen deutlichen Bezeichnung angegeben werden könne. Es ist auch richtig, daß der Berufung auf § 33 GBO., der den Nachweis der Legitimation der Handelsgesellschaft betrifft, durchschlagende Wirkung nicht beigemessen werden kann, da die Frage nicht aus dem formellen Grundbuchrecht, sondern aus dem materiellen Rechte (vgl. Jahrb. 1906 zu § 1115 Nr. 2) zu beantworten ist. Andrerseits ist nicht zu verkennen, daß es, wenn die Firma des Einzelkaufmanns eingetragen wird, umständlicher und meist nur unter Zuhülfenahme des Firmenregisters möglich sein wird, die Person des Grundstückseigentümers oder den gleich Berechtigten festzustellen, daß also eine gewisse und durch die Eintragung des Familiennamens selbst leicht vermeidbare Verschleierung der Publizität des Grundbuchs herbeigeführt wird. Als eine wesentliche Erschwerung des Verkehrs kann es dem gegenüber nicht bezeichnet werden, daß der Einzelkaufmann, der unter seiner Firma ein Urteil erwirkt hat und auf Grund desselben eine Zwangshypothek eintragen lassen will, durch Vorlage eines Handelsregisterauszugs seine Identität mit dem Firmeninhaber nachweisen muß. Wird der Familienname des Einzelkaufmanns eingetragen, so können auf alle Fälle von vornherein Schwierigkeiten vermieden werden, die auf Grund des § 893 BGB. dadurch entstehen können, daß unter Umständen Besitz der Firma und Besitz des Rechtes (der Hypothek usw.) auseinanderfallen können. Ist z. B. für einen Einzelkaufmann auf seine Firma eine Hypothek eingetragen und veräußert er Geschäft und Firma, ohne das Grundbuch insofern berichtigen zu lassen, als er die Hypothek auf seinen Familiennamen überschreiben läßt, so darf der Hypothekarschuldner zweifellos mit voller Rechtswirksamkeit die Zinsen an die Firma bezahlen und empfangsbedürftige Willenserklärungen dieser gegenüber abgeben (DJZ. 05 303). Erwägt man ferner, daß nach übereinstimmender Literatur und Judikatur eine neue

Auflassung, ein weiterer Antrag bezüglich der Hypothek notwendig ist, wenn ein Einzelkaufmann, dessen Firma im Grundbuch als Eigentümerin oder Hypothekargläubigerin eingetragen ist, Geschäft samt Firma weiterveräußern will; erwägt man schließlich noch, daß der Rechtsübergang, der nach §§ 873 Abs. 1, 1154 BGB. auf dem Hypothekenbrief oder im Grundbuch zu vermerken ist, sich nicht ausdrücken läßt, wenn in einem solchen Fall der Erwerber der Firma die Eintragung im Grundbuch auf die eben erworbene Firma begehrt, da die Hypothek oder das Grundstück bereits auf dieselbe Firma eingetragen ist (Grabener in DJZ. 05, 303), so darf man wohl die Ansicht Staubs und Genossen der anderen Ansicht vorziehen. Beide Ansichten lassen sich jedenfalls rein juristisch gut vertreten, es sind in erster Linie Utilitätsrücksichten, die zugunsten des Standpunktes Staubs in die Wagschale fallen. Eine unbillige Beschwerung der Einzelkaufleute kann darin nicht gefunden werden. So darf man denn mit Neumann (Jahrbuch, Vorbemerkung zu § 17 HGB. 1905 Bd. 3 S. 7) annehmen, daß die Streitfrage über die Stellung der Firma im Grundbuch in dem Sinne beendet ist, daß die Praxis die Eintragung einer Hypothek für den Einzelkaufmann, wie seine Eintragung als Eigentümer im Grundbuch nur unter seinem bürgerlichen Namen, nicht aber unter seiner Firma für zulässig erachtet. Einig ist man sich auch darüber, daß, falls eine solche Eintragung im Grundbuche unter der Firma eines Einzelkaufmanns erfolgt sein sollte, diese Eintragung den materiellrechtlichen Erfordernissen des § 1115 BGB. voll genügt, daß jedoch etwaige landesrechtliche Vorschriften wie dienstliche Anordnungen über die Form der Eintragung beachtlich seien (vgl. Staub § 17 Anm. 10). Hier wäre bezüglich solcher landesrechtlicher Vorschriften der § 64 Abs. 2 der Sächsischen Verordnung zur Ausführung der Grundbuchordnung vom 26. Juli 1899 zu gedenken. Diese Verordnung gestattet ausdrücklich die Eintragung des Einzelkaufmanns als Hypothekargläubigers unter seiner Firma. Wie die Literatur zum überwiegenden

Teil diesen § 64 als dem Reichsrecht widersprechend für nichtig erklärt (vgl. Staub § 17 Anm. 10 Abs. 2; Grabener in DJZ. 05, 303), so hat auch die Preußische Verordnung vom 26. September 1899 und die bayerische Dienstanweisung (§ 261) eine derartige Eintragung für unzulässig erklärt.

Inzwischen hat das Reichsgericht dem Streit wenigstens insofern ein Ende gemacht, als es entschieden hat, daß die oben erwähnte k. sächsische Verordnung vom 26. Juli 1899 § 64 Abs. II mit der Zulassung von Hypothekeneintragungen für die Firma eines Einzelkaufmannes das Reichsrecht nicht verletzt. RG. 72, 38; EFG. 10, 144; DJZ. 1910 S. 1348. Das Reichsgericht stellt dort den Grundsatz auf, daß für die Art, wie bei Eintragungen der Gläubiger zu bezeichnen sei, die Landesjustizverwaltung der einzelnen Bundesstaaten nach § 1 Abs. II GBO. zuständig sei. Für Sachsen ist die Zulässigkeit in der Verordnung vom 26. Juli 1899 ausgesprochen, während § 4 der preußischen Justizministerialverfügung vom 20. November 1899 die Zulässigkeit negiert. Analog muß angenommen werden, daß im Gebiete des preußischen Rechtes die Hypothekeneintragung für Einzelfirmen nicht zulässig ist. Der Schluß, den Amtsrichter Schloßstein in DJZ. 1910 S. 1348 zieht, daß nämlich Rechte einer Einzelfirma grundbuchmäßig eintragungsfähig seien, findet in der Begründung dieser Entscheidung keine Basis.

Ein weiterer Streit hat sich dann darüber erhoben, ob der Zweigniederlassung eine besondere, von der Firma der Hauptniederlassung abweichende Firma einzuräumen und ob diese Firma im Grundbuche einzutragen sei (vgl. Jahrbuch § 17, 4b HGB). Das OLG. Dresden IV. ZS. hat in einem Beschluß vom 7. April 1903 und in einem späteren vom 27. September 1904 (vgl. OLGR. 9, 351; SächsOLG. 25, 156; Holdheim 04, 22; ZBIFG. 4, 414) die Frage dahin entschieden, daß, falls die Firma der Zweigniederlassung einer Aktiengesellschaft von der Firma der Hauptniederlassung abweiche, als Berechtigte im Grundbuch die Zweigniederlassung unbedenklich eingetragen werden könne, weil dann die Aktien-

gesellschaft eben zwei verschiedene Firmen führe, von denen die eine so rechtmäßig und zulässig sei, wie die andere. Dafür spreche auch die Bestimmung des § 50 Abs. 3 HGB., weil die Prokuristen, welche unter Beschränkung auf den Betrieb der Zweigniederlassung bestellt sind, sonst gar nicht über diese Rechte verfügen könnten. Dieselbe Entscheidung hat später auch das LG. Berlin I getroffen (KGBl. 05, 85).

Das Kammergericht hat in einem Beschluß vom 12. September 1903 (OLGR. 9, 351; Holdheim 04, 22; EntschFG. 4, 224) und das Bayerische Oberste Landesgericht, (BayObLGR. 6, 523; ZBlFG. 5, 183; Jahrb. III § 17 HGB. Ziff. 4b; OLGR. 10, 230) hat den entgegengesetzten Standpunkt eingenommen unter Hinweis darauf, daß die Zweigniederlassung kein selbständiges Rechtsdasein führe und deshalb auch nicht als eine besondere Gläubigerin für eine in ihrem Betriebe für die Aktiengesellschaft erworbene Hypothek eingetragen werden könne. Es sei deshalb als Gläubigerin stets nur die Firma der Hauptniederlassung selbst dann einzutragen, wenn die Hypothek von der Gesellschaft im Betriebe ihrer besonders firmierenden Zweigniederlassung erworben und nach der inneren Verfassung oder sonstwie zur Verwaltung dieser Zweigniederlassung überlassen worden ist. Das Kammergericht hat es dann in einem weiterem Beschluß vom 2. Mai 1904 (OLGR. 9, 352; Holdheim 04, 182; ZBlFG. 5, 433; RJA. 4, 224) für zulässig erklärt, daß bei der Eintragung einer Hypothek für eine Aktiengesellschaft, neben der Angabe der Hauptfirma ein Hinweis auf die einer besonderen Firma entbehrenden Zweigniederlassung, zu deren Vermögensbestand die Hypothek gehören soll, in das Grundbuch aufgenommen werden könne. Das Bayerische Oberste Landesgericht hat in wiederholter Entscheidung (vgl. Entscheidungssammlung d. BayObLG. 6, 523) seine Ansicht aufrecht erhalten, legte jedoch bei einer weiteren Beschwerde unter Zurückweisung der zwei obenerwähnten Beschlüsse des OLG. Dresden die Sache dem Reichsgericht zur Entscheidung vor. Das Reichs-

gericht hat die Auffassung des Bayerischen Obersten Landesgerichtes reprobiert (Bd. 62, S. 7; JW. 05, 722 Nr. 13; Holdheim 06, 54; ZfAktWes. 16, 17; BauersZ. 13, 84; ZBlFG. 6, 625; BayZfR. 06, 14; RJA. 6, 223; ZBlFG. 7, 136 (KG.); Z. 60, 461). Zur Begründung seines Standpunkts führte das Reichsgericht das Folgende aus: Die Firma habe bei einer Aktiengesellschaft eine wesentlich andere Bedeutung als bei dem Einzelkaufmann; denn bei jener ist die Firma nicht nur der Name, unter dem sie gewerblich Geschäfte betreibt, sondern sie ist ihr alleiniger Name. Es könne also bei ihr gar nicht die Frage auftauchen, auf welchen Namen Rechte für sie ins Grundbuch einzutragen sind. Führe die Aktiengesellschaft eine Zweigniederlassung mit einer von der Firma der Hauptniederlassung abweichenden Firma, so könne davon nicht die Rede sein, daß die Aktiengesellschaft unter einer von ihrem bürgerlichen Namen abweichenden Firma am Orte der Zweigniederlassung gewerbliche Geschäfte betreibe. Aktiengesellschaften hätten keinen Namen, sie führten einen Namen nur vermittels ihrer Firma (RG. 1, 26; 3, 68). Die Zweigniederlassung mit abweichender Firma habe für ihren Geschäftskreis in dieser Firma ihren einzigen Namen und deshalb müsse diese Firma auch in das Grundbuch eingetragen werden, wenn der Erwerbstitel auf sie laute (vgl. Selbständigkeit der Zweigniederlassungen im Grundbuchverkehr in KGJ. 32 A 199; BauersZ. 14, 131 [KG.]). Die Rechtsprechung des Kammergerichts blieb längere Zeit schwankend, jetzt hat es sich der reichsgerichtlichen Auffassung ebenfalls angeschlossen (RJA. 7, 148; KGJ. 32 A 199). Von den Kommentaren hat bis jetzt eigentlich nur Staub [8. Aufl.] zu dieser Frage Stellung genommen und den Standpunkt desOberlandesgerichts Dresden und des Reichsgerichts vertreten. Die letzten Auflagen der übrigen großen Kommentare waren bereits erschienen, ehe diese Streitfrage aufgetaucht war. Es dürfte aber jetzt nach der ausführlichst begründeten Stellungnahme des Reichsgerichts die Ansicht des Oberlandesgerichts Dresden als durchschlagend und die Streitfrage als definitiv erledigt angesehen werden.

Als hierher gehörig seien noch zwei grundlegende Entscheidungen, die das Grundbuchrecht der offenen Handelsgesellschaft betreffen, zitiert. Das Kammergericht hat in der Entscheidung in OLGR. 6, 260 ausgeführt: „Ist als Eigentümerin eines Grundstücks eine offene Handelsgesellschaft eingetragen, so steht diese Eintragung nicht einer Eintragung der einzelnen Gesellschafter als Miteigentümer zur gesamten Hand gleich und es ist unzulässig, im Wege der Grundbuchberichtigung die Gesellschafter als Eigentümer zu vermerken, auch wenn die Gesellschaft durch den Tod eines Gesellschafters aufgelöst ist". Weiter entscheidet dasselbe Gericht in OLGR. 2, 279; SächsArch. 12, 572: „Die Gesellschaft zeichnet auch im Grundbuchverkehr mit ihrer Firma, daneben bedarf es nicht der Zeichnung des bürgerlichen Namens des vertretenen Gesellschafters".

§ 20.

Ausländische Firmen.

Das Firmenrecht des Handelsgesetzbuches gilt prinzipiell nur für inländische Firmen, d. h. für Firmen, die ihre Hauptniederlassung im Inlande, in Deutschland, haben. Natürlich wird jeder Ausländer, der in Deutschland ein Handelsgewerbe mit seiner Hauptniederlassung betreibt, gerade so behandelt wie der Inländer. Auf ihn haben alle die Vorschriften Anwendung zu finden, die in den vorausgehenden Abschnitten behandelt sind. Handelt es sich um ausländische Firmen, so ist ausländisches Recht maßgebend für die Fragen des Firmenrechts. Nach ausländischem Recht, d. h. nach dem Rechte des Landes, in dem die ausländische Firma ihre Hauptniederlassung hat, ist also die Frage zu beantworten, ob der Kaufmann, die Handelsgesellschaft, die juristische Person eine Firma führen darf, ob sie Firmenschutz genießt usw. (RG. 18, 31; Stenglein § 20 Nr. 4; Oppenhoff, Kommentar § 287 Nr. 8; Meili S. 64; Kent 507). Für inländische Zweigniederlassungen von ausländischen Hauptniederlassungen ist

in § 13 Abs. 3 HGB. der Grundsatz aufgestellt, daß sie ebenso zu behandeln sind, als wenn die Hauptniederlassung sich im Inlande befände, allerdings mit der ausdrücklichen Einschränkung, „insoweit nicht das ausländische Recht — das ja grundsätzlich zur Anwendung zu kommen hat — Abweichungen erforderlich macht." Also alles, was der inländische Kaufmann anzumelden verpflichtet ist, muß auch der Ausländer bezüglich der Firma seiner inländischen Zweigniederlassung anmelden, auch wenn es nach seinem ausländischen Rechte nicht anzumelden wäre, selbst wenn dies Recht ein besonderes Firmenrecht im Sinne des Handelsgesetzbuches nicht kennt, ja selbst wenn der Geschäftsinhaber nach dem ausländischen Recht überhaupt kein Kaufmann bzw. Vollkaufmann ist (Lehmann-Ring § 13 Nr. 13). Das deutsche Handelsrecht entscheidet also hier allein die Frage, ob die Voraussetzungen der Firmenführung vorliegen (vgl. Lehmann-Ring § 2 Nr. 8). Bezüglich ihrer Kaufmannseigenschaft sind also die inländischen Zweigniederlassungen einer ausländischen Hauptniederlassung dem inländischen Recht unterworfen (Art. 7 EG. BGB.; Staub § 6 Anm. 3; Goldmann § 6 Anm. 3; RG. 36, 394). Die Denkschrift S. 210 erwähnt als Beispiel einer Abweichung des ausländischen Rechts, daß dies ein Handelsregister und die Anmeldung der Firma zu diesem überhaupt nicht kennt (vgl. Übersicht bei Rieser; Grundgedanken in den kodifizierten Handelsrechten S. 41 ff.). In einem solchen Fall kann natürlich der Registerrichter nicht verlangen, daß die Eintragung der Hauptniederlassung im Handelsregister des Heimatsstaates derselben nachgewiesen wird. Wohl wird er aber den Nachweis der tatsächlichen Existenz dieser Hauptniederlassung verlangen können (Staub § 13 Anm. 10; Dengler 360; Goldmann § 13 Anm. 3, Lehmann-Ring § 13 Nr. 12; Makower § 13 IIg; Düringer-Hachenburg § 13 IV).

Staub § 13 Anm. 11 folgert aus dieser Ausnahmeklausel, daß für die Zulässigkeit der Firma das ausländische Recht maßgebend ist. Ein Einzelkaufmann z. B. könne einen Gesell-

schaftszusatz führen, wenn dies auch an sich nach dem Handelsgesetzbuch unzulässig wäre. Nur wenn nach deutschem Rechte Prohibitivvorschriften entgegenständen, sei dies ausgeschlossen. Dies könne aber im vorliegenden Fall wegen der Durchlöcherung des Prinzips der Firmenwahrheit nicht angenommen werden (Lehmann, Aktienrecht I, 123; vgl. Staub § 30 Anm. 15). Diese Schlußfolgerung ist bedenklich, denn bei ihrer praktischen Anwendung würde der ausländische Kaufmann unter Umständen besser gestellt als der inländische. Ein sehr wenig wünschenswerter Zustand. Was dem deutschen Kaufmann recht ist, muß dem ausländischen billig sein. Gründet ein Ausländer in Deutschland ein kaufmännisches Zweiggeschäft, so muß er sich auch den Normen des deutschen Rechts unterwerfen, zumal wenn diese, wie im gegebenen Fall, zum Schutze des Publikums gegen Täuschungen statuiert sind. Staub selbst nahm in seiner 5. Auflage Art. 212 § 10 auch noch diesen Standpunkt ein und bezog sich zur Begründung seiner Ansicht auf die Entscheidung bei Johow 14, 9. Von den übrigen Kommentatoren wird die Frage nicht näher berührt; nur Makower § 13 II g scheint die Ansicht Staubs nicht zu billigen, indem er den Grundsatz aufstellt, daß die ausländische Firma, um im Inlande als Firma einer Zweigniederlassung eingetragen werden zu können, eine nach §§ 18 ff. oder §§ 21 ff. HGB. zulässige sein müsse. Werde diese Bedingung nicht erfüllt, so müsse eine neue Firma gewählt werden, wobei durch einen Zusatz auf die Zusammengehörigkeit mit der Hauptfirma hingewiesen werden könne (Johow 14, 10 ff.). Diese Auffassung ist aus den oben erörterten Gründen nur zu billigen. Auch Lehmann-Ring spricht allerdings bei anderer Gelegenheit (vgl. § 13 Nr. 16) den Grundsatz aus, daß der Ausländer nicht vor dem Inländer begünstigt werden dürfe. Allerdings setzt er sich mit sich selbst in Widerspruch gelegentlich der Behandlung der Firma einer inländischen Zweigniederlassung einer ausländischen Aktiengesellschaft (vgl. Lehmann-Ring § 201 Nr. 10). Auch Staubs jetzige An-

sicht ist mit der von ihm zu § 201 Anm. 22 vertretenen nicht recht in Einklang zu bringen.

Der § 6 HGB. bezieht sich nur auf solche Gesellschaften, die ihren Sitz im Inlande haben. Hinsichtlich ihrer Rechts- und Geschäftsfähigkeit werden ausländische Handelsgesellschaften nur nach ihrem ausländischen Rechte behandelt. Allerdings ist die Rechtsfähigkeit ausländischer Handelsgesellschaften vielfach durch Staatsverträge anerkannt (vgl. die Aufstellung bei Makower § 6 IV a und die Begründung zum Aktiengesetz von 1884 S. 190). Die Firmen von ausländischen offenen Handelsgesellschaften und Kommanditgesellschaften sind, falls sie im Inlande Zweigniederlassungen begründen, zum zuständigen Handelsregister anzumelden. Es sind aber nur die Firmen solcher offenen Handelsgesellschaften einzutragen, die nach den Grundsätzen des Handelsgesetzbuches auch wirklich solche sind. Der Registerrichter hat zu untersuchen, ob der ausländischen Gesellschaft Kaufmannsqualität im Sinne der §§ 1, 2, 3 HGB. zusteht und ob sie mithin überhaupt firmenberechtigt ist. Auch hier muß der Grundsatz gelten, daß die ausländische Gesellschaft nicht besser gestellt ist wie die inländische (vgl. Lehmann-Ring § 13 Nr. 16) Dasselbe hat zu gelten für juristische Personen, die ihre Hauptniederlassungen im Auslande haben und Zweigniederlassungen im Inlande gründen. Auch ihre Firma und etwaige Änderungen derselben sind registerpflichtig. Besondere Bestimmungen sind für ausländische Aktiengesellschaften und Aktien-Kommanditgesellschaften in § 201 HGB. getroffen, falls sie eine Zweigniederlassung im Inlande gründen. Auch sie müssen bezüglich der Firma dieser Niederlassungen alles anmelden, was die inländischen Aktiengesellschaften anmelden müssen. Es dürfen aber, ebenfalls aus den oben erörterten Gründen nur solche Firmen eingetragen werden, deren Form und Inhalt inländischen Verbotsgesetzen nicht widerspricht. Ein solches liegt, wie Staub richtig in § 201 Anm. 22 annimmt, darin, daß das deutsche Recht nicht gestattet, daß die Firma einer Aktiengesellschaft aus Personen-

namen zusammengesetzt ist und dabei nicht erkennen läßt, daß eine Aktiengesellschaft die Inhaberin ist (vgl. Lewis in DJZ. 01, 137; Johow 14, 9). Aus den §§ 20, 22 HGB. und Art. 22 Abs. 2 EG. HGB. folgt als unbedingte Vorschrift, daß die Personenfirma einer Aktiengesellschaft ihre Qualität als Aktiengesellschaft erkennen lassen muß. Anderer Ansicht, aber mit Unrecht und Lehmann-Ring in Widerspruch mit sich selbst, sind: Goldmann § 201 Anm. 35; Lehmann-Ring § 201 Nr. 10; Dengler 377 ff.; Mamelock 300). Nach ihnen ist die Firma anzumelden wie sie im Auslande gebraucht wird, auch wenn sie dem deutschen Rechte nicht entspricht. Zur Begründung wird angeführt, daß § 20 HGB. nur die Gestaltung inländischer Firmen regle, die ausländische Firma aber keine inländische Firma trage. Demgegenüber muß daran festgehalten werden, daß aus dem Art. 22 EG. HGB. hervorgeht, daß nach deutschem Rechte eine reine Personenfirma der Aktiengesellschaft unter keinen Umständen erlaubt ist. Wenn nach dieser Bestimmung sogar im Inland zur Zeit des Inkrafttretens des neuen Handelsgesetzbuches bestehenden Aktiengesellschaften mit einer Personenfirma der Zusatz „Aktiengesellschaft" verlangt wurde, so muß dies auch von ausländischen Aktiengesellschaften verlangt werden, die im Inlande eine Zweigniederlassung besitzen. Es entspricht dies auch durchaus der ratio legis des § 20 HGB. und der Billigkeit. Aus denselben Gründen muß auch der Ansicht Staubs widersprochen werden, der inländischen Zweigniederlassungen ausländischer Aktiengesellschaften statt des gesetzlich vorgeschriebenen Zusatzes „Aktiengesellschaft" den Gebrauch gleichwertiger, allgemein bekannter Bezeichnungen gestatten will, wie „Limited", „société anonyme" (Lehmann-Ring § 182 Nr. 5).

Was schließlich den in § 37 HGB. gewährten Schutz der Firma angeht, so kann dieser auch von Ausländern, denen das für sie geltende ausländische Recht Firmen- und Namenschutz gewährt, in Anspruch genommen werden. Dieses von irgendeinem Lande anerkannte Firmenrecht, wird, wie jedes andere Persönlichkeitsrecht wie das Recht auf Leben

und Freiheit, geschützt. Der Ausländer hat lediglich den Nachweis zu führen, daß ihm nach den Gesetzen seines Landes ein Recht auf die von ihm geführte Firma in dem von ihm geltend gemachten Umfange gewährleistet ist (OLG. Colmar und OLG. Hamburg in Z. 46, 464 und 481; Staub § 37 Anm. 16; ElsLothrZ. 19, 70; Löwenthal, Fimenrecht S. 34).

Ebenso haben, wie Staub zitiert, ausländische offene Handelsgesellschaften das Klagerecht, wenn ihre Rechte dadurch verletzt werden, daß eine andere Firma unbefugt den Familiennamen ihrer Inhaber führt (RG. 18, 140 wo die ausländische Firma „Charlier u. Scheibler“ für klageberechtigt erklärt wird gegen den Kaufmann Froitzheim, handelnd unter der Firma „Charlier & Cie.“; vgl. hierzu auch v. Bar, Internationales Privatrecht I, 2. Aufl. S. 290 und Presch, Dissertation Rostock: Der Schutz des Firmenrechts).

IV. Kapitel.

Übertragung der Firma.

§ 21.

Die Übertragung des Firmenrechts.

Wie an anderer Stelle ausgeführt, ist das Firmenrecht ein Teil des Namensrechtes, denn die Firma ist der „Name" des Kaufmanns, unter dem er Handel treibt. Während nun aber der Name unveräußerlich ist und nicht übertragen werden kann, da der Name überhaupt kein übertragbares, selbständiges Gut ist, „sondern nur die Pointierung einer Persönlichkeit enthält, welche Persönlichkeit nicht übertragbar ist", wie Kohler, Markenrecht S. 15 sagt, hat das Handelsgesetzbuch die Übertragbarkeit der Firma eines Kaufmanns bzw. eines Handelsgeschäfts in den §§ 22, 23 unter bestimmten Voraussetzungen ausdrücklich zugelassen. Als Grund für diese Ausnahmebestimmung gilt, um wieder mit Kohler Markenrecht zu reden: „daß die einmal konstituierte Organisation des Etablissements eine gewisse Stetigkeit in sich trägt und damit einigermaßen die Garantie bietet, daß die Geschäftsverhältnisse, wie sie seither bestanden, fortdauern; so daß es keine Unwahrheit ist, wenn das Etablissement in seiner Fortdauer mit dem Namen seines ursprünglichen Begründers bezeichnet wird und die Änderung in der Person des Inhabers in der Bezeichnung nicht hervortritt, wenn im Gegenteil das Institut den Namen behält, unter welchem es seinen guten Klang, seine Reputation, seine Kundschaft erworben hat." Aus diesen Erwägungen heraus, wie sie in der Denkschrift S. 32, 33 näher erörtert sind, hat das Handelsgesetzbuch die Übertragbarkeit der Firma und damit eine sehr wesentliche Abweichung von dem Prinzip der Firmen-

wahrheit zugelassen. Wird also ein bestehendes Geschäft durch Vertrag oder Erbgang auf einen anderen übertragen, so darf der Erwerber, falls der bisherige Inhaber oder seine Erben zustimmen, die Firma mit oder ohne Beifügung eines das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatzes fortführen. Ebenso ist eine Handelsgesellschaft befugt, die alte Firma beizubehalten, auch wenn diese infolge des Eintritts oder Austritts von Gesellschaftern nicht mehr mit den wirklichen Verhältnissen im Einklang stehen sollte. Es kann sich also zweifellos der Inhaber einer Firma derselben in der Weise entäußern, daß ein anderer berechtigt wird, sich fernerhin dieser Firma zur Bezeichnung des miterworbenen Geschäfts zu bedienen. Die wirkliche Veräußerung eines Rechts oder eines Vermögensobjektes soll darin nach dem RG. 9, 106 und JW. 23, 317 nicht gefunden werden können, da die Firma ein selbständiges Vermögensobjekt überhaupt nicht sei. Das Reichsgericht faßt die Übertragung des Firmenrechts vielmehr als eine vertragsmäßig erfolgende Bewilligung zur Namensführung auf, etwa in der Art der Verleihung des Namensrechts bei dem Adoptionsvertrag. Wie dort das Kind den Familiennamen des Annehmenden bei Erfüllung gewisser Bedingungen (§ 1758 BGB.) erhält, so soll hier der Erwerber des Geschäfts den kaufmännischen Namen, die Firma seines Rechtsvorgängers zur weiteren Führung verliehen erhalten, falls die in §§ 22, 23 HGB. aufgestellten Voraussetzungen eingehalten werden. Der Ansicht, daß eine Veräußerung der Firma im technischen Sinne bei der Veräußerung des Handelsgeschäfts mit Firma trotz des zu dieser Annahme vielleicht verleitenden Inhaltes des § 23 HGB. nicht vorliege, sind auch Sohm, Der Gegenstand 181 Note 6 und Binder in Z. 59, 19 Anm. 32. Dementsprechend hält Binder, Die Rechtsstellung der Erben I 36 auch die Vererbung der Firma mit dem Handelsgeschäft für ausgeschlossen. Der Erbe erwirbt nach ihm nur das Recht, das Geschäft des Erblassers tatsächlich zu gebrauchen und dadurch zu seinem eigenen zu machen. Olshausen S. 53 hinwiederum will nicht an-

erkennen, daß es sich nicht um die Veräußerung eines Rechtes — wenn auch keines Vermögensrechts — handle, da ja das Gesetz beim Firmenrecht die Übertragbarkeit ausnahmsweise zugelassen habe, indem es unter bestimmten Verhältnissen die Möglichkeit der Loslösung dieses Rechtes anerkenne. Er meint, daß es sich nur dann, wenn man eine tatsächliche Veräußerung annähme, erklären lasse, daß durch diesen Akt ein selbständiges absolutes Firmenrecht für den Erwerber geschaffen werde mit der Folge, daß er unter Umständen nach den §§ 30 und 37 Abs. 2 HGB. sogar ein Untersagungsrecht gegen den habe, der ihm die seinen eignen bürgerlichen Namen enthaltende Firma übertrug. Olshausen hält also eine wirkliche Übertragung zu eigenem Rechte für vorliegend Auch das Kammergericht scheint eine Veräußerung des Rechts für vorliegend zu erachten (vgl. Urteil vom 3. Dezember 1907 in OLGR. 16, 80). Dieser Ansicht Olshausens, die auch Ramdohr, Das Recht zum Gebrauche eines Namens teilt (S. 54—56), muß als richtig und gegen die Ansicht des Reichsgerichts, Staubs § 22 Anm. 7, Lehmann-Rings § 22 Nr. 1 und fast aller anderen Kommentatoren anerkannt werden. Bestritten werden soll nicht, daß die Firma kein Vermögensobjekt ist, zweifellos ist sie aber die Trägerin einer Reihe von Berechtigungen. Und dieses Konglomerat von Berechtigungen ist vom Gesetz ausdrücklich als veräußerlich, allerdings nur unter Einhaltung bestimmter Bedingungen, also als bedingt veräußerlich erklärt (vgl. insbesondere § 23 HGB., der direkt von Veräußerung der Firma spricht). Das Firmenrecht ist also ein übertragbares, veräußerliches Recht, das aber seiner ganzen Natur nach derart mit der Person des jeweiligen Inhabers verknüpft ist, daß seine Ausübung lediglich der freien Entschließung derselben überlassen bleiben muß. Deshalb führt auch diese Stellungnahme nicht dazu, daß eine Übertragung dieses Rechtes durch Zwangsvollstreckung möglich wäre. Das wäre bei dem Mangel der Ausübbarkeit des Rechts gegen den Willen des Inhabers ausgeschlossen.

Sicher ist die in der Literatur (vgl. Fürst, Die Fortfüh-

rung der Firma bei dem Erwerbe eines bestehenden Handelsgeschäfts, Straßburg 1897) ebenfalls vertretene Ansicht falsch, daß im Falle des § 22 HGB. der Veräußerer lediglich eine Verpflichtung des Inhalts eingehe, sich nicht zu widersetzen, wenn sein Rechtsnachfolger in an sich unstatthafter Weise sich im Betriebe des erworbenen Handelsgeschäfts der auf seinen, des Veräußerers, Namen lautenden Firma bediene, daß also lediglich ein Verzicht auf das Untersagungsrecht des Veräußerers vorliege. Diese Ansicht ist schon deshalb unrichtig, weil das Gesetz den Übergang einer Firma unter bestimmten Voraussetzungen erlaubt und in den §§ 22, 23 HGB. ganz generell die Übertragung des Firmenrechts im Gegensatz zu dem nicht übertragbaren Namensrecht als zulässig erklärt, von einer unerlaubten Benutzung dieser Firma also gar keine Rede sein kann. Von einem Verzicht kann aber bei dem gleich gestellten Übergang von Todes wegen erst recht nicht gesprochen werden.

Aber mag man schließlich den Übergang des Firmenrechts juristisch konstruieren wie man will, tatsächlich ist die Übertragbarkeit gesetzlich zugelassen und die Voraussetzungen, unter denen dies geschehen kann, sollen in den folgenden Abhandlungen näher untersucht werden.

§ 22.

Tatsächliches Bestehen des Handelsgeschäfts.

Eine weitere notwendige Voraussetzung der Gültigkeit eines Vertrags, durch den ein Firmenrecht gemäß § 22 HGB. übertragen werden soll, ist, daß das gemäß § 23 HGB. mitzuübertragende Handelsgeschäft zur Zeit des Vertragsabschlusses auch tatsächlich *schon* und *noch* besteht. Die Fälle sind ja häufig genug vorgekommen, daß das irgendeine Person, die den Namen irgendeiner weltberühmten Firma trug, einen Komplex von Gegenständen anschaffte, die allenfalls ein Geschäft der zu gründenden Art darstellen konnten, sich hierauf als Inhaber mit dem wirklichen Namen in das Handels-

register eintragen ließ und kurz hierauf Geschäft mit Firma an einen anderen verkaufte, der damit eine abgeleitete Firma mit demselben Inhalt erwarb, wie ihn irgendeine in der Branche hochberühmte Firma hatte. Es sei nur an die Fälle Faber, Farina, Blüthner erinnert (O. Tribunal in BuschsArch. 20, 56; ROHG. 6, 246; RG. 3, 120; 9, 1; 20, 56; OLG. Hamburg in Z. 46, 481; OLG. Braunschweig in BraunschweigZ. 54, 79 und Recht 07, 519; vgl. auch Kaufmann Bd. 2, 23 zu § 23 und Bd. 5, 33 zu § 1). Es ist klar, daß es sich in allen diesen Fällen um eine Umgehung des Gesetzes, um eine Erschleichung eines Firmenrechts, das in der Tat gar keinen rechtlichen Bestand hatte, handelt, daß auf diesem Wege nichts anderes angestrebt und erreicht wurde, als eine unzulässige Übertragung des Familiennamens. Derartige Manipulationen können den rechtlich beständigen Übergang eines Firmenrechts nicht bewirken, der Firmenübertragungsakt ist sowohl aus handelsrechtlichen wie zivilrechtlichen Gesichtspunkten ungültig. Das Reichsgericht hat in seiner Entscheidung in Bd. 9 S. 1 die einschlägigen Gesichtspunkte folgendermaßen zusammengefaßt: „Ein Interesse, lediglich seinen Namen zum Gegenstand vermögensrechtlicher Ausbeutung durch Veräußerung zu machen bzw. auf seiten des Erwerbers unter fremdem Namen mehr zu erlangen, als dem eignen vermutlich zufallen möchte, wird vom Gesetz reprobiert. Es ist daher keine Firmenübertragung zulässig, wenn der Firmeninhaber das von ihm betriebene Geschäft in Wahrheit aufgibt, mag er auch ein Quantum Ware aus dem Geschäft an den Erwerber übertragen und dieses sein Geschäft nennen. Ebenso ist eine Firmenübertragung unzulässig, wenn der Übertragende ein zu übertragendes Geschäft gar nicht betrieben hat, vielmehr sich erst zur Erfüllung eines die Übertragung seines Namens als Firma bezweckenden Vertrages den Komplex von Gegenständen, welche ein Geschäft darzustellen vermögen, anschafft, um, statt eigenen Betriebes eines solchen, sofort mit erlangtem Eintrage des Namens als Firma auf Grund gedachter Veranstaltungen den

Namen und jenen Komplex in Erfüllung der übernommenen Verpflichtung auf den Gegenkontrahenten zu übertragen.“ Lehmann-Ring § 22 Nr. 4 faßt dies kürzer und sagt: „Existierte in Wahrheit nie ein Geschäft, so existierte in Wahrheit auch nie eine Firma.“ Hält man sich auch die in der Denkschrift entwickelten und bereits anderwärts behandelten Motive vor Augen, die zur Möglichkeit der Firmenübertragung und der damit verbundenen starken Durchlöcherung des Prinzips der Firmenwahrheit geführt haben, die ausgesprochenermaßen nur die Erhaltung des Kredits, der Kundschaft und des Ansehens alter, berühmter Firmen als „einer von alters her bestehenden, auf achtungswerten Beweggründen beruhenden Gewohnheit des deutschen Handelsstandes“ bezweckten, so wird man schon aus dem vollständigen Fehlen dieser ratio legis in den geschilderten Fällen dazu kommen müssen, die Übertragbarkeit einer Firma auf diesem Wege zu negieren. Wird also einerseits verlangt, daß das Handelsgeschäft bereits besteht, so muß andrerseits verlangt werden, daß das Geschäft zur Zeit der Übertragung noch besteht, d. h. daß das zur Firma gehörige Handelsgewerbe noch nicht eingestellt worden ist. Mit der Einstellung des Geschäftsbetriebes erlischt auch die mit ihm unlösbar verbundene Firma. Die Einstellung besteht in der vollständigen Aufgabe der handelsgeschäftlichen Tätigkeit seitens des Geschäftsinhabers. Das Bayerische Oberste Landesgericht sagt darüber folgendes (DJZ. 05, 77; Jahrb. 06 S. 562): „Wenn auch ein Handelsgeschäft nicht unmittelbar mit der Einstellung des Gewerbebetriebes aufhört, sondern so lange fortbesteht, als die zu dessen Fortführung geeigneten Vermögensstücke und Beziehungen noch vorhanden sind, so hat es doch dann zu bestehen aufgehört und ist damit die Firma erloschen, wenn der Inhaber den Geschäftsbetrieb endgültig einstellt und die Handelsniederlassung aufgehoben, die für den Geschäftsbetrieb bestimmt gewesenen Vermögensstücke veräußert oder einer anderen Bestimmung zugeführt hat. Die Fortdauer einzelner Rechtsverhältnisse, die aus dem Handelsbetriebe

herrühren, hat nicht die Wirkung, daß das tatsächlich nicht mehr vorhandene handelsgewerbliche Unternehmen als fortbestehend gilt, die Tätigkeit, zu der der vormalige Geschäftsinhaber durch solche Rechtsverhältnisse veranlaßt wird, ist nicht mehr gewerbliche Teilnahme am Handel und gehört deshalb nicht zu den Geschäften, für die die Firma nach § 17 Abs. 1 HGB. bestimmt ist."

Also eine tatsächliche, vollständige Einstellung muß vorliegen, es genügt nicht etwa eine wegen eines Streiks, mag er auch noch so lange dauern, notwendige, vorübergehende, gänzliche Betriebseinstellung; denn auch der Wille des Kaufmanns ist maßgebend und dieser geht hier nicht auf Einstellung des Handelsgeschäftes hinaus. Allerdings wird man bei der Frage, ob ein Geschäftsbetrieb eingestellt ist, nicht allein den Willen des Kaufmanns entscheiden lassen können, wie dies das Kammergericht (Johow 13, 37) tut, sondern man wird mit Staub (§ 22 Anm. 5) verlangen müssen, daß die Wiederanknüpfung der alten geschäftlichen Beziehungen noch möglich, eine Zerstörung der wirtschaftlichen Grundlagen des Geschäfts noch nicht eingetreten ist. Es ist bereits in der oben zitierten Entscheidung des Bayerischen Obersten Landesgerichtes darauf hingewiesen, daß das Handelsgeschäft nicht unmittelbar mit der Einstellung des Geschäftsbetriebes aufhört. Man darf also das Erfordernis „des Bestehens" nicht allzu wörtlich auslegen. Man denke doch an den Übergang eines Handelsgeschäfts von Todes wegen. Hier wird dem Zwang der Verhältnisse folgend häufig eine mehr oder minder lange tatsächliche Einstellung des Handelsbetriebes die natürliche Folge des Wegfalls des persönlichen Substrats der Firma sein und doch ist ein Übergang des Firmenrechts möglich. Man wird also in solchen Verhältnissen mit RGSt. 25, 77 annehmen müssen, daß das Geschäft solange als bestehend angenommen werden muß, als die zu seiner Fortsetzung geeigneten Vermögensstücke und Beziehungen noch vorhanden sind, solange die wirtschaftlichen Grundlagen des Geschäfts noch nicht zerstört sind und die alten Handelsbeziehungen

wieder angeknüpft werden können (RG. 29, 70). Von diesem Gesichtspunkte aus wird man auch zu der Annahme kommen müssen, daß ebenso die Liquidation eines Handelsgeschäfts nicht das Aufhören des Bestehens bedingt. Der Zweck des Liquidationsverfahrens ist die Auseinandersetzung zwischen den Gesellschaftern. Der Zweck wird erreicht durch eine Abwicklnng der laufenden Geschäfte auf gemeinschaftliche Rechnung und im gemeinsamen Namen. Diese Abwicklung spielt sich ab auf derselben Basis, die die Grundlage des Handelsgeschäfts war, unter Benutzung derselben Vermögensstücke und Beziehungen. Gegen früher hat sich nur der Zweck geändert; bei dem Handelsgeschäft war er auf Erwerb, bei dem Liquidationsgeschäft ist er auf die Auseinandersetzung gerichtet. Ebensowenig wie der Kaufmann für gewöhnlich im Liquidationsverfahren die Kaufmannsqualität verliert (Staub § 1, 25), ebensowenig kann behauptet werden, daß mit Eintritt der Liquidation das Geschäft aufhöre zu bestehen. Und deshalb kann auch im Liquidationsstadium eine Übertragung des Firmenrechts stattfinden (ebenso Staub § 25 Anm. 5; Goldmann § 22 S. 89; Lehmann-Ring § 22 Nr. 4; Makower § 22 1b; Allfeld 150; Behrend S. 258 Anm. 35 und S. 260 Anm. 43; BauersZ. 14, 183 [Dresden]; Jahrbuch 08 S. 609; Kent Nr. 538; a. M. Kohler, Markenrecht S. 127; BuschsArch. 34, 298). Darin wird auch durch die Vorschrift der §§ 153, 298 HGB. nichts geändert, die für das Liquidationsverfahren die Führung einer besonderen Liquidationsfirma vorschreiben. Diese Liquidationsfirma ist keine geänderte oder gar andre Firma; sie ist die bisherige Firma, nur versehen mit einem Zusatz, der ihren rechtlichen Zustand kennzeichnet, keineswegs aber ein Firmenzusatz im Sinne des § 18 Abs. 2 HGB., also ein Bestandteil der Firma ist.

Auch mit der Eröffnung des Konkursverfahrens über ein Handelsgeschäft hört dieses nicht zu bestehen auf. In vielen Fällen wird das Geschäft auf derselben Grundlage vom Konkursverwalter fortgeführt, aber selbst wenn es geschlossen wird, ist damit das Aufhören des Bestehens und

damit das Erlöschen des Firmenrechts nicht absolut verbunden. Der Gemeinschuldner selbst kann durch sein Verhalten zu erkennen geben, daß er das Geschäft mit Firma nach dem Zustandekommen eines Zwangsvergleichs und der Einstellung des Konkursverfahrens wieder fortführen will. In diesen Fällen hat die Firma nicht zu bestehen aufgehört; es kann also eine Veräußerung des Geschäfts mit Firma im Sinne des § 22 HGB. erfolgen. Dafür spricht auch, wie Lehmann-Ring (§ 22 Nr. 4) richtig bemerkt, die Bestimmung des § 32 HGB., der die Eintragung der Eröffnung und Beendigung des Konkurses in das Handelsregister anordnet. Diese Bestimmung wäre unverständlich, wenn die Firma mit Eröffnung des Konkurses erlöschen würde. Dasselbe gilt für die Bestimmung in den §§ 144, 307 HGB., wo bezüglich der offenen Handelsgesellschaft und der Aktiengesellschaft angeordnet ist, daß im Falle des Abschlusses eines Zwangsvergleichs oder der Einstellung des Verfahrens, von den Gesellschaftern bzw. der Generalversammlung die Fortsetzung der Gesellschaft beschlossen werden kann. Da aber etwas nur fortgesetzt werden kann, wenn es noch besteht, muß auch daraus geschlossen werden, daß die Firma durch Konkurseröffnung nicht untergeht. Derselben Ansicht ist das Reichsgericht, das mehrfach die Frage entschieden hat, ob der Konkursverwalter die Firma eines in Konkurs befindlichen Handelsgeschäftes veräußern kann. Es hat die Frage verneint und die Veräußerung der Firma nur unter Zustimmung des Gemeinschuldners für möglich erklärt, woraus erhellt, daß auch das Reichsgericht ein Erlöschen des Firmenrechts infolge Konkurseröffnung über das dazu gehörige Handelsgeschäft nicht für absolut gegeben erachtet (Bolze 6 Nr. 169; RG. 9, 106; 58, 169 u. a. m.; s. Abhandlung über Übertragung des Firmenrechts durch Zwangsvollstreckung). Diese Ansicht wird auch durchweg in der Literatur vertreten (vgl. Staub § 22 Anm. 25; Goldmann § 22 Bd. I S. 89; Düringer-Hachenburg § 22 I 2; Lehmann-Ring § 22 Nr. 4; Makower § 22 Ib; a. M. Kohler, Markenrecht S. 128 unter Berufung auf RG. in Z. 26, 1).

§ 23.

Notwendigkeit der Übertragung des Geschäftsbetriebs.

Im § 23 HGB. ist nochmals besonders hervorgehoben, daß die Firma allein niemals Gegenstand eines Veräußerungsvertrages sein kann. Nur dann ist die Übertragung rechtsgültig, wenn zu gleicher Zeit die Übertragung des dazu gehörigen Handelsgeschäftes in dem oben gedachten Sinn (vgl. „Umfang der Übertragung") stattfindet. § 23 HGB. wiederholt eigentlich das im § 22 HGB. deutlich ausgesprochene Prinzip, daß eine Firma nur gemeinschaftlich mit dem Handelsgeschäft verkauft werden dürfe. In dem Entwurf, der der Kommission zur Beratung vorlag, war der § 23 HGB. nicht enthalten, weil man ihn für überflüssig hielt. Aber schon in der Sachverständigenkommission wurde seine Wiederaufnahme — im alten Handelsgesetzbuche figurierte er als Art. 23 — beantragt und das Gesetz hatte im Interesse der Klarstellung des Prinzips diese Bestimmung nochmals in einen besonderen Paragraphen untergebracht (vgl. Prot. der Kommission S. 47). Im wesentlichen kann hier auf die Ausführungen, die in den vorhergehenden Artikeln, insbesondere über das tatsächliche Bestehen des Handelsgeschäfts gemacht worden sind, verwiesen werden. Wiederholt sei nur, daß alle Veräußerungen einer Firma, mögen sie zu Eigentum auf Dauer oder zu Fremdbesitz auf Zeit erfolgen, im Sinne des § 134 BGB. dann nichtig sind, wenn nicht zugleich Veräußerung und Übertragung des dazu gehörigen Handelsgeschäfts erfolgt, da sie gegen das gesetzliche Verbot des § 23 HGB. verstoßen (vgl. KG. vom 3. Dezember 1907 in OLGR. 16, 80). Dasselbe gilt für alle Abmachungen, welche lediglich eine Umgehung des Gesetzes beabsichtigen, wie sie bereits anderweit geschildert worden sind (vgl. RG. 9, 2; 37, 61; ROHG. 6, 247). Nichtig ist auch ein Vertrag, durch den statt eines ganzen Handelsgeschäftes nur ein einzelner Geschäftszweig veräußert wird (RG. 56, 187, auch in ZBlFG. 4, 799). In allen diesen Fällen ist der Erwerber der Firma

nicht dem Schutze des § 37 HGB. unterstellt, seine Firma ist gegenüber den Eingriffen Dritter nach Handelsrecht nicht geschützt. Da ein Vertrag auf Veräußerung einer Firma ohne Geschäft unzulässig ist, so gilt dies auch von der tatsächlichen Übertragung der Firma, falls nicht das Handelsgeschäft mit übertragen wurde. Demnach ist auch eine Klage, welche darauf gerichtet ist, den Beklagten zu verurteilen, die veräußerte Firma auf den Kläger zu übertragen oder darein zu willigen, daß der Kläger als Inhaber der Firma in das Handelsregister eingetragen werde, unzulässig, es sei denn, daß bereits vorher das Geschäft tatsächlich an den Kläger übertragen war (RG. vom 25. Juni 1906 in JW. 06, 397 [28]).

Also auch zwischen den Kontrahenten erzeugt ein derartiger Vertrag keinerlei Rechtswirkungen (vgl. auch RG. 9, 2) und der Veräußerer, bei dem das Handelsgeschäft verblieben ist, bleibt trotz des Veräußerungsvertrages der allein aus der Firmenführung Berechtigte, es sei denn, daß diese Rechte mit der Firma durch die Einstellung des Geschäftsbetriebes erloschen seien. Das Erfordernis der Gleichzeitigkeit darf nicht zu streng gefaßt werden, eine unitas actus ist nicht gefordert; nur darf der zwischen Bewilligung der Firmenführung und Übertragung des Handelsgeschäfts oder vice versa liegende Zeitraum nicht sehr groß sein; es muß auch hier die Kontinuität gewahrt sein (Busch 5, 502; Bolze 8, 156).

Kent Nr. 528 weist noch darauf hin, daß mit Rücksicht auf die Qualität der Vorschrift des § 23 HGB. als einer auf Gründen des öffentlichen Interesses beruhenden, die Verhütung von Täuschungen des Publikums bezweckenden Verbotsbestimmung auch eine Umgehung derselben dadurch ausgeschlossen sei, daß man sich das Recht, eine fremde, im Sinne des Gesetzes unerlaubte Firma, im Auslande ohne Geschäftsbetrieb übertragen lasse, selbst wenn das Recht des Auslandes eine derartige Übertragung als zulässig anerkennen sollte (Blum Anm. 5, 526).

Habe indessen eine Firma im Auslande ihren Sitz, d. h. ihre Hauptniederlassung, so sei, wenn das Recht des betref-

fenden ausländischen Staates diese zulasse, auch trotz Nichtbeobachtung des § 23 HGB. die Übertragung als rechtswirksam anzuerkennen, da die Rechtsverhältnisse ausländischer Firmen durch das Recht ihres Heimatstaates bestimmt würden (vgl. Ausländische Firmen).

§ 24.

Die ausdrückliche Zustimmung des Geschäftsveräußerers und seiner Erben.

Als zweite Voraussetzung für den Übergang des Firmenrechts hat der § 22 HGB. die Forderung aufgestellt, „daß der bisherige Geschäftsinhaber oder dessen Erben in die Fortführung der Firma ausdrücklich willigen". Es wird also eine „ausdrückliche Einwilligung" verlangt; eine bloß stillschweigende Duldung der Firmenführung wird nicht genügen. Dagegen kann natürlich auch nicht eine Einwilligung expressis verbis gefordert werden; es wird vielmehr jede schlüssige Erklärung genügen müssen (ROHG. 10, 291; RG. in JW. 88, 220). „Eine bestimmte Form ist für diese ausdrückliche Einwilligung in die Firmenfortführung nicht vorgeschrieben; es ist Tatfrage, ob der Wille sich in solcher Weise kundgegeben hat, daß die Einwilligung als eine ausdrückliche gelten kann", sagt das Oberlandesgericht Darmstadt in einer in HessRspr. 7, 41 und ZBlFG. 7, 213 abgedruckten Entscheidung. Und das Reichsgericht hat in einer Entscheidung vom 6. März 1906 in JW. 06, 235 ausgeführt, daß „ausdrücklich" soviel wie „unzweideutig" bedeute. Es genügt also jede Willensäußerung des Veräußerers, die mit genügender Deutlichkeit erkennen läßt, daß dem Erwerber gestattet sein solle, für das erworbene Handelsgeschäft seine seitherige Firma fortzuführen. Trotzdem wird der Erwerber darauf Wert zu legen haben, daß diese Einwilligung schriftlich oder wenn möglich in öffentlich beglaubigter Form erklärt wird. Denn er ist gemäß § 12 HGB. verpflichtet, dem Registerrichter den Übergang der Firma nachzuweisen. Dieser

Nachweis soll allerdings nur „insoweit tunlich“ durch öffentliche Urkunden geführt werden. Können derartige Urkunden nicht vorgelegt, die Übertragung des Firmenrechts aber sonstwie genügend nachgewiesen werden, so muß der Registerrichter auch ohne solchen den Eintrag vollziehen (Makower § 22 II). In den meisten Fällen wird es sich um bereits eingetragene Firmen handeln und da hat ja der Veräußerer sowieso bei der Anmeldung des Übergangs mitzuwirken, wie denn dem Erwerber auch ein Rechtsanspruch auf diese Mitwirkung zusteht (RG. vom 12. Dezember 1906 in Bd. 65, 15; Recht 07, 1148; JW. 07, 82).

Die Einwilligungserklärung muß mit dem Erwerbsakt zeitlich zusammenfallen, da eine nachfolgende Erklärung schon deshalb wirkungslos ist, weil gemäß § 23 HGB. die Übertragung des Firmenrechts ohne Übertragung des Handelsgeschäfts unzulässig ist. Außerdem ist zu beachten, daß das Firmenrecht des Veräußerers in dem Augenblick erlischt, in dem er sein Handelsgeschäft definitiv aufgibt. Allerdings wird man nicht so weit zu gehen haben und wie bei dem Testament unitas actus verlangen müssen. Liegt zwischen dem Erwerbsakt und der Zustimmungserklärung ein so geringer Zeitraum, daß ein gewisser zeitlicher und wirtschaftlicher Zusammenhang, die „Kontinuität“ gewahrt bleibt, so wird auch die nachträgliche Einwilligungserklärung genügen (Busch V. S. 502; Bolze VIII Nr. 156; Lehmann-Ring § 22 Nr. 7; Makower § 22 IIa; Staub § 22 Anm. 7).

Handelt es sich um den Übergang der Firma einer offenen Handelsgesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft, so müssen sämtliche Gesellschafter ihre Einwilligung erteilen (§ 116 Abs. 2 HGB). Erteilt auch nur einer seine Genehmigung nicht, so darf die Firma auch nicht mit einem das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatz fortgeführt werden (RG. 5, 113; Düringer-Hachenburg § 22 II 5). Soll das Gesellschaftsvermögen einer Aktiengesellschaft im ganzen veräußert werden, so schreibt der § 303 HGB. einen Generalversammlungsbeschluß und eine Mehrheit von mindestens drei Vier-

teilen des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals vor. Dasselbe gilt auch für die damit verbundene Genehmigung der Firmenfortführung durch den Erwerber. Bei der Aktienkommanditgesellschaft hat außerdem noch die Zustimmung der Komplementare hinzuzutreten. Das Gesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung kennt die Beschränkungen des § 303 HGB. nicht. Der Geschäftsführer einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung kann also mit Wirkung nach außen das gesamte Gesellschaftsvermögen veräußern (Staub-Hachenburg § 60 Anm. 25; § 37 Anm. 6). Dagegen kann er nicht über die Firma verfügen und die Einwilligung zur Fortführung der Firma durch den Erwerber des Gesellschaftsvermögens erteilen. Hierzu ist ein Beschluß der Gesellschafter bzw. der Generalversammlung notwendig, zumal da meist wegen Annahme einer neuen Firma eine Statutenänderung notwendig sein wird.

Haben mehrere Personen ein Handelsgeschäft mit Firma ex lege oder ex testamento geerbt, so bedürfen sie, falls sie das Geschäft gemeinschaftlich als offene Handelsgesellschafter fortführen wollen, keiner besonderen Einwilligung des Erblassers in die Firmenführung; denn in dem erbrechtlichen Anfall liegt bereits diese Einwilligung des seitherigen Geschäftsinhabers, des Erblassers (Staub § 22 Anm. 7). Uebernimmt hingegen im Wege der Erbauseinandersetzung einer der Erben oder übernimmt ein Teil der Erben das Geschäft, so bedürfen sie, um die Firma fortführen zu dürfen, der Zustimmung der übrigen Miterben. Wird das Geschäft von der Gesamtheit der Erben an einen Dritten veräußert, so muß dieser die Einwilligung sämtlicher Erben einholen. Verweigert auch nur einer die Einwilligung, so kann von einer Fortführung der Firma nicht die Rede sein. Hat der Erblasser eine Person als Erben des Geschäfts samt Firma eingesetzt, so bedarf dieser keiner weiteren Einwilligung der übrigen Erben. Diese haben keinerlei Widerspruchsrecht, auch wenn ihr Familienname ein Bestandteil der Firma ist (Prot. 39). Die Einwilligung der Erben ist aber nötig,

wenn nur das Handelsgeschäft ohne Firma vermacht wurde. Hat andrerseits der Erblasser seinen Erben die Fortführung der Firma untersagt, so dürfen sie auch die Firma nicht fortführen; denn sie haben das Firmenrecht nicht erworben (Ritter, Vorträge S. 60).

Verkaufen die Erben in solchem Falle das Geschäft, so hilft natürlich auch ihre ausdrückliche Einwilligung in die Firmenfortführung nichts (Lehmann-Ring § 22 Nr. 7).

Erwirbt jemand ein Handelsgeschäft durch Vermächtnis, so erwirbt er nur einen obligatorischen Anspruch gegen die Erben auf Übertragung des Geschäfts. Staub § 22 Anm. 7 meint, daß der Vermächtnisnehmer das Firmenrecht ohne weiteres erwerbe, wenn der Erblasser ihm das Geschäft mit Firma vermacht habe. Dem kann nicht zugestimmt werden. Auch in diesem Falle erwirbt der Legatar gemäß § 2174 BGB. lediglich einen obligatorischen Anspruch gegen die Erben auf Einwilligung in die Übernahme des Firmenrechts. In das Handelsregister kann der Übergang erst eingetragen werden, wenn der Vermächtnisnehmer diese Einwilligung der Erben nachweist, nicht etwa schon auf Grund der Vorlage des Testaments (ebenso Lehmann-Ring § 22 Nr. 7; Opet in Z. 49, 118; Olshausen S. 64). Ist nur das Geschäft vermacht, so bedarf der Legatar unbedingt der Zustimmung der Erben (vgl. Marcus in Holdheim 06, 225).

Zu den Erben, deren Einwilligung notwendig ist, kann auch die Witwe gemäß §§ 1931, 1932 BGB. gehören. Erbe kann auch der Fiskus gemäß § 1936 BGB. bei herrenlosem Nachlaß sein. Ist dies der Fall, so ist der Fiskus des Bundesstaates, dem der Erblasser zur Zeit des Todes angehört hatte, wenn er mehreren Bundesstaaten angehört hatte, der Fiskus jedes dieser Bundesstaaten um die Erteilung der Einwilligung anzugehen (Goldmann S. 94b).

Hat ein Miterbe sämtliche Anteile eines Nachlasses, zu dem auch ein Handelsgeschäft gehört, erworben, so hat er doch nicht ohne weiteres das Recht zur Firmenführung erworben; denn wenn dieses Recht auch einen schätzbaren

Vermögenswert haben kann, so ist das Recht selbst doch kein Vermögensrecht. Auch die nach § 22 HGB. erforderliche Einwilligung ist kein Vermögensrecht (RG. 9, 106; JW. 01, 653) und aus dem Wesen des Erbschaftskaufs ist eine solche ausdrückliche Einwilligung der Erben nicht zu folgern. Es ist also Tatfrage, ob der Miterbe mit dem gesamten Nachlaß auch die Firma miterworben hat, worüber eventuell im Prozeßweg zu entscheiden ist (Entscheidung des Kammergerichts vom 4. Januar 1905 in OLGR. 10, 327; RJA. 5, 185; KGJ. 29, A. 83; ZBIFG. 6, 96 und 225; Recht 05, 327; Kaufmann VI S. 15 § 22).

Ist ein Testamentsvollstrecker eingesetzt, so haben nicht die Erben ihre Einwilligung zur Firmenfortführung zu erklären; vielmehr liegt dies dem Testamentsvollstrecker ob (JW. 05, 94; Marcus in Holdheim 05, 282; 06, 225).

§ 25.

Die Wirkungen des Firmenübergangs.

Sind die Voraussetzungen des § 22 HGB. sämtlich erfüllt, so geht das Firmenrecht des Veräußerers in dem Umfang, in dem es diesem zustand, auf den Erwerber über. Der Erwerber darf sich der Firma in derselben Form wie der Veräußerer bedienen, er darf die Firma mit oder ohne Beifügung eines das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatzes fortführen, wie das Gesetz sagt. Andrerseits verliert der Veräußerer durch die Übertragung das Recht, die Firma selbst weiterzubenutzen. Alle diesbezüglichen Rechte sind auf den Erwerber übergegangen. Befindet sich also in der übertragenen Firma der Name des Veräußerers, so darf dieser, wenigstens für den Ort, an dem sich das veräußerte Geschäft befindet, kein neues Geschäft unter seinem Familiennamen gründen, sondern müßte gegebenenfalls gemäß § 30 HGB. einen deutlich unterscheidenden Zusatz beifügen. Der Veräußerer muß auch, ohne daß es eines besonderen Konkurrenzverbotes bedarf, jeden Geschäftsbetrieb unterlassen, der die

Übertragung der Kundschaft verhindert (Jacusiel S. 34; OLG. Colmar in OLGR. 12, 151). Darin liegt zunächst nur eine Befugnis, nicht etwa eine Verpflichtung zur Fortführung der Firma, obgleich auch eine solche Verpflichtung, allerdings nur zivilrechtlicher und nicht etwa öffentlichrechtlicher Natur durch Vertrag zwischen Veräußerer und Erwerber oder durch etwaige Auflage in der Verfügung von Todes wegen geschaffen werden kann. Der Erwerber eines Handelsgeschäfts mit dem Firmenrecht kann also entweder eine ursprüngliche Firma gemäß den Vorschriften in § 18 ff. HGB., z. B. seinen Vor- und Nachnamen wählen oder er kann die Firma ganz genau so wie sein Rechtsvorgänger oder mit einem Nachfolgezusatz versehen führen. Hat der Erwerber für das erworbene Geschäft zunächst die erworbene Firma geführt, so kann er doch jederzeit diese Firma ablegen und auch später noch eine ursprüngliche Namensfirma annehmen, es sei denn, daß dem vertragliche Vereinbarungen entgegenständen. Zweifelhaft ist, ob der Erwerber, der für das erworbene Geschäft zunächst eine neue, ursprüngliche Firma angenommen hat, später noch auf die abgeleitete Firma seines Rechtsvorgängers zurückgreifen darf. Staub § 22 Anm. 9 will dies in Übereinstimmung mit der Entscheidung des Oberlandesgerichtes Dresden in Z. 37, 530 und des Bayerischen Obersten Landesgerichtes in OLGR. 1, 83 zulassen. So ganz allgemein ist dies wohl nicht richtig. Man wird wohl annehmen dürfen, daß derjenige, der für das erworbene Geschäft eine neue Firma wählt, obgleich er die frühere Firma zu führen berechtigt ist, damit auf die Führung der alten Firma verzichtet, diese aufgibt. Kann dieser Wille festgestellt werden, so ist die alte Firma mit der Aufgabe erloschen und kann nicht mehr angenommen werden. Denkbar ist ja der Fall, daß der Erwerber beabsichtigt, die erworbene Firma für sein Geschäft fortzuführen, aber aus tatsächlichen Gründen dazu noch nicht gekommen ist. Es erwirbt z. B. ein Kaufmann zu seinem Handelsgeschäft ein weiteres hinzu und will beide Geschäfte vereinigt unter der Firma des neuerworbenen

Geschäftes fortführen. Da kann der Fall eintreten, daß er das neue Firmenschild noch nicht besitzt oder daß die Überschreibung im Handelsregister wegen Erkrankung des Veräußerers, dessen Mitwirkung notwendig ist, noch nicht erfolgen kann. In solchen Fällen wird man Staub beitreten können, aber auch nur dann, wenn der dazwischen liegende Zeitraum nur ein kurzer ist und die Wiederaufnahme der Firma noch in einem gewissen Zusammenhang mit der früheren Firma steht (vgl. Entsch. des Hofgerichts Gießen in BuschsArch. 5, 502 und die weitergehende Entscheidung, auf die sich Staub beruft, in Z. 37, 530; Goldmann § 22 II 2; Lehmann-Ring § 22 Nr. 8; Makower § 22 II c).

Nimmt der Erwerber die erworbene Firma für das erworbene Geschäft an, so darf die Fortführung nur unverändert oder mit einem Nachfolgezusatz geschehen. In RG. 50, 119 ist z. B. diese Vorschrift rein formal aufgefaßt und bei Fortführung ohne Nachfolgezusatz volle Identität der Firmen verlangt. Der Erwerber darf keine einzelnen Teile weglassen (SächsOLG. 21, 323; Holdheim 9, 28 [1]; RJA. 1, 47; OLGR. 1, 486; Jahrb. II 2 S. 28), darf aber auch keine Zusätze im Sinne des § 18 Abs. 2 HGB. zur Unterscheidung der Person oder des Geschäfts machen (Busch IX, 469; Johow 11, 393; RG. in JW. 00, 552). So hat das Kammergericht (Johow 8, 102) die Veränderung des Zusatzes Velozipedfabrik in Fahrradfabrik für unzulässig erklärt. Das Landgericht Darmstadt in HessRpr. 7, 12 hat bei einer erworbenen Firma „G. Th. Hofmusikalienhandlung“ die Veränderung in „G. Th. Hofmusikalienhandlung und Pianofortelager“ nicht zugelassen. Heißt die übernommene Firma „Th. Hecht“, so darf der Erwerber nicht etwa firmieren „Theodor Hecht“ (KG. in RJA. 4, 105). Eine derartige Änderung wird auch nicht dadurch zulässig, daß etwa der Veräußerer seine Zustimmung nachträglich dazu erteilt; denn der Veräußerer hat keinerlei Verfügungsrecht mehr über die Firma, eine derartige nachträgliche Einwilligungserklärung ist gerade so unzulässig, wie überhaupt die nachträgliche

Einwilligung in die Führung der alten Firma und „außerdem rechtfertigt der gesetzgeberische Grund, nämlich die Rücksicht auf die Erhaltung alter Firmen im Interesse des Handels und der Ehre nur den Fortbestand der erworbenen Firma in ihrer unveränderten Fassung“ (OLG. Rostock in RJA. 4, 158; ZBlFG. 5, 100; MecklZ. 23, 13; Jahrb. III 2 S. 10; Lehmann-Ring § 22 Nr. 8; Staub § 22 Anm. 11; Goldmann § 22 III 4). Staub entwickelt in § 18 Anm. 8 die Ansicht, daß Bestandteile gemäß § 18 Abs. 2 HGB. mit dem Firmencorpus zusammen ein zusammenhängendes Ganzes bildeten, doch kein absolut untrennbares Ganzes. Er will unter Umständen gestatten, daß der Kaufmann den Zusatz ablegen kann, nicht nur, wenn es sich um eine ursprüngliche Firma handelt, sondern auch bei abgeleiteten Firmen, ohne dadurch das Recht auf die erworbene Firma überhaupt zu verlieren. In dem zweiten Falle, den er anführt, handelt es sich um die Weglassung eines ein Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatzes, der nur auf Zeit von dem Firmenveräußerer gestattet worden war. Derartige Nachfolgezusätze, die der Erwerber einer Firma gemäß § 22 HGB. beifügt, darf er aber überhaupt nach Belieben weglassen oder abändern, indem er ihn z. B. mit der später veränderten wirklichen Rechtslage in Einklang bringt (BayObLG. in ZBlFG. 1, 165; RJA. 1, 47; SeuffBl. 65, 351; OLGR. 1, 183; Gruchot 44, 885; Recht 00, 330; MecklZ. 19, 168; DJZ. 00, 363; Jahrb. II, 2 S. 28). So ist es z. B. für zulässig erachtet worden, daß die Firma „Richard Schulz, J. D. Lehsten Nachf.“ unter Abänderung des Nachfolgezusatzes (Richard Schulz . . . . . Nachf.) nach Eintritt eines zweiten Inhabers Ulrich und Bildung einer offenen Handelsgesellschaft eingetragen wurde, als „Schulz und Ulrich, J. D. Lehrsten Nachf.“ (Ritter, Vorträge S. 60).

Im allgemeinen gilt aber der Grundsatz, daß der Erwerber keinerlei Änderungen weder an dem Namen noch an den Zusätzen vornehmen darf.

Nimmt der Erwerber einen Nachfolgezusatz an wie Erben, Söhne, Nachfolger, so kann er diesen hinsetzen, wohin er

will, vor oder hinter die übernommene Firma, er darf bei dieser Gelegenheit auch seinen eigenen Namen in den Zusatz aufnehmen, er darf den Nachfolgezusatz später auch wieder fortlassen und unter Umständen abändern, wie oben bereits ausgeführt. Das Hamburger Registergericht läßt Zusätze, wie „vormals“ oder „früher“ im Falle der Totalnachfolge nicht zu, weil sie den Anschein erweckten, als ob der oder die neuen Inhaber bereits Inhaber oder Mitinhaber der alten Firma gewesen seien (Ritter, Vorträge S. 60). Zwingend erscheint diese Begründung allerdings nicht. Ist durch Vertrag die Fortführung der alten Firma nur mit Nachfolgezusatz gestattet, so darf dieser Zusatz selbstredend nicht weggelassen werden. Ausgeschlossen ist natürlich die Beibehaltung von Firmenbestandteilen in den Fällen, in denen die Beibehaltung zu einer Täuschung des Publikums führen würde, wie z. B. bei dem Erwerb einer Aktiengesellschaft durch einen Einzelkaufmann die Beibehaltung des Zusatzes „Aktiengesellschaft“ (vgl. die Abhandlung: Der Erwerber des Handelsgeschäfts) oder bei der Veräußerung eines städtischen Handelsgeschäfts die Beibehaltung des auf die Verbindung mit der Stadt hindeutenden Zusatzes.

Hat jemand ein Geschäft mit Firma erworben, so darf er es auch weiterveräußern, also auch die Firma wieder weiter übertragen, weil im Zweifel anzunehmen ist, daß die Bewilligung der Fortführung sich auch auf die späteren Inhaber des Geschäfts erstreckt. Der Veräußerer seiner Firma muß sich die gesamten Konsequenzen der Übertragung gefallen lassen, wie Kohler, Markenrecht S. 12 richtig bemerkt (Bolze 6, Nr. 170; Johow 13, 30; RG. 56, 189 und in JW. 02, 186; ZBlFG. 2, 894; Holdheim 11, 203; Jahrb. II 2 S. 26). Die Weiterveräußerung darf sich aber selbstverständlich nur auf das ganze Geschäft beziehen. Nicht etwa darf der Veräußerer einen Teil des Geschäfts mit Firma veräußern und einen anderen Teil mit Firma zurückbehalten. Auch die Zustimmung des ursprünglichen Firmeninhabers würde hier nichts helfen (KGJ. 13, 28). Der Erwerber darf auch Zweigniederlassungen unter der erworbenen Firma gründen, diese wieder zu selbst-

ständigen Geschäften erheben und wieder weiterveräußern (BayObLG. in OLGR. 3, 406; KGJ. 18, 26; Opet 122; Staub § 22 Anm. 13).

Sollte dieses Weiterübertragungsrecht dem Erwerber nicht zustehen, so müßte eine derartige Beschränkung seines Firmenrechts gesetzlich besonders vorgeschrieben sein. In der Sachverständigenkommission zur Beratung des Entwurfs des Handelsgesetzbuches lag denn auch ein Antrag vor, „daß im Zweifel dem Erwerber das Recht vertragsmäßiger Weiterveräußerung nicht zustehen solle". Man überließ es jedoch schließlich der Vertragsauslegung (Prot. dieser Kommission S. 46/57; vgl. auch Olshausen S. 66; Staub § 22 Anm. 13). Als regelmäßige Willensmeinung wird es bei der Veräußerung gelten müssen, daß die den Namen des früheren Inhabers enthaltende Firma nur für das einheitlich übertragene Geschäft gebraucht werden kann und ihre Vervielfältigung durch Abzweigung von Teilen des Geschäfts unter Übertragung der Teile mit der erworbenen Firma ohne Zustimmung des früheren Inhabers unzulässig sein soll (RG. in OLGR. 4, 462 und 7, 147). Der Veräußerer kann also das Recht zur Weiterübertragung seiner Firma vertraglich ausschließen. Überträgt der Erwerber das Firmenrecht doch weiter, so erwirbt es der Erwerber nicht, auch wenn er guten Glaubens sein sollte; denn guter Glaube hilft hier nicht (OLG. Hamburg in Z. 14, 147; Lehmann-Ring § 22 Nr. 8). Über die Tragweite eines derartigen Vertrages hat sich das Kammergericht in OLGR. 12, 224; ZBlFG. 6, 900; KGJ. 31 A 152 ausgelassen: „Wenn in dem Vertrage über die Veräußerung des Geschäfts bestimmt ist: ‚der Erwerber wird das Geschäft unter der bisherigen Firma fortsetzen', so ist damit die Beibehaltung der Firma nur für den Fall gestattet, daß der Erwerber das Geschäft fortführt, nicht aber für den Fall, daß der Erwerber an dem Geschäft nicht mehr beteiligt ist." Diese Entscheidung kann als richtig nicht anerkannt werden. Die oben erwähnte Vertragsfloskel schließt das Weiterübertragungsrecht nicht aus und gesetzlich steht, wie oben

ausgeführt, der Weiterveräußerung einer abgeleiteten Firma durch den Erwerber nichts im Wege. Anders liegt die Sache bei folgendem Fall: A hat ein Geschäft von Karl B mit der Berechtigung erworben, die Firma Karl B. Nachfolger Friedrich A zu führen. Er veräußerte das Geschäft weiter an L und erteilte ihm die Berechtigung zu firmieren: „Karl B Nachfolger Robert L". Da der ursprüngliche Veräußerer Karl B die Einwilligung zur Fortführung seiner Firma nur mit dem oben erwähnten Nachfolgezusatz gegeben hatte, so durfte A die Firma auch nur mit diesem Nachfolgezusatz zusammen weiterveräußern (RG. in JW. 07, 523; Recht 07, 905; ZBlFG. 8, 263; BadRspr. 07, 218).

Wie liegt die Sache nun aber, wenn ein mit Firma veräußertes Handelsgeschäft wiederum an den Veräußerer zuzückfällt? Staub § 22 Anm. 14 und Lehmann-Ring § 22 Nr. 8 stehen auf dem Standpunkt, daß, falls ein übertragenes Geschäft mit Firma wiederum an den Veräußerer zurückgelangt, z. B. bei Nießbrauch und Verpachtung, dem Fall des § 22 Abs. 2 HGB., die Firma, der eventuell vom Erwerber ein Nachfolgezusatz beigefügt worden sei, nur ohne diesen Zusatz geführt werden könne. Diese Ansicht ist bloß dann zu billigen, wenn man annimmt, daß in solchen Fällen kein Neuerwerb der Firma vorliege. Das Reichsgericht in DJZ. 06, 86 nimmt an, daß auch in diesen Fällen ein Neuerwerb vorliege. Ist dies aber richtig, so dürfte nach dem Wortlaut des § 22 Abs. 1 HGB. der Beibehaltung des Nachfolgezusatzes nichts im Wege stehen.

Schließlich sei noch bemerkt, daß der Erwerber eines Geschäfts mit Firmenrecht das letztere nicht dadurch verliert, daß er sein Geschäft an einen anderen Ort verlegt (OLG. Stuttgart in WürttJ. 01, 37; Jahrb. II 2 S. 26).

§ 26.

Übertragung der Firma einer Zweigniederlassung.

Unbestritten ist, daß ein Kaufmann an demselben und an verschiedenen Orten mehrere gleichartige Handelsgeschäfte

haben kann, sofern diese Selbständigkeit und wirtschaftliche Abgeschlossenheit besitzen, was sich äußerlich durch Verschiedenheit der Firma dokumentieren kann. Ein solches Einzelgeschäft kann mit der Firma an einen anderen veräußert werden (KG. in SeuffArch. 57, 151; ZBIFG. 2, 900; OLGR. 4, 116). Ist die Firma eines Kaufmanns eine ursprüngliche, so steht ihm das Vervielfältigungsrecht im vollsten Umfange zu (LG. Hamburg in LZ. 07, 8, 45; a. A. KG. bei Johow 15, 10). Hingegen kann der Ansicht Kohlers (Markenrecht S. 129) nicht zugestimmt werden. Er führt a. a. O. aus: „Die Kontinuität des Geschäfts kann auch in der Art stattfinden, daß nicht des ganze, sondern nur ein Teil des Handelsgewerbes auf den Sukzessor übergeht. Häufig hat ein Kaufmann zu gleicher Zeit verschiedene Branchen, welche er als wirtschaftlich verschiedene Geschäfte betreibt, differenziert nach Zweck, Bedeutung oder nach der lokalen Lage, von welchen Geschäften er dann das eine veräußert, das andere beibehält oder auch sämtliche an verschiedene Personen veräußert z. B. an den einen das Engros-, an den anderen das Detailgeschäft oder an den einen das Kolonialwarengeschäft, an den anderen die Essigfabrik. Die Veräußerung der mehreren Geschäfte kann mit der Veräußerung der Firma verbunden werden, indem die Firma eines jeden Geschäfts mit einem, die Eigenart desselben andeutenden Zusatze versehen wird. Von dem Momente an, wo das eine Geschäft mit der entsprechenden „Zweigfirma“ veräußert ist, bekommt das Geschäft, wie die differenzierte Zweigfirma einen neuen Bestand, einen selbständigen juristischen Charakter: jetzt sind es zwei Handelsgewerbe und zwei selbständige Firmen, die einander gegenüberstehen. Es kann nach dem bereits an anderen Stellen Ausgeführten keinem Zweifel unterliegen, daß diese von Kohler vertretene Ansicht unrichtig ist, daß eine derartige Teilbarkeit der Firma ihrem inneren Wesen und der Vorschrift des § 23 HGB. widerstreitet. Die Firma kann nur übergehen, wenn das dazu gehörige Handelsgeschäft in dem Umfange mitübergeht, daß man sagen kann, es liegt

ein Übergang im großen und ganzen vor, derart daß das Handelsgeschäft dem Erwerber in ungefähr derselben Art, „im wesentlichen“ wie seither fortbetrieben werden kann. In der Literatur ist man sich jetzt über diese Frage einig (vgl. Staub § 22 Anm. 4; Kent Nr. 530; Düringer-Hachenburg § 22 II 2; Lehmann-Ring § 22 Nr. 2; Makower § 22 Id; Puchelt S. 67, der ein derartiges Verfahren als unzulässigen Dissoziationsvertrag kennzeichnet). Auch die Rechtsprechung vertritt diese Anschauung. Nach der Entscheidung des Kammergerichtes bei Johow 13, 28 darf der Veräußerer eines Handelsgeschäfts nicht etwa einen Teil des Geschäfts zurückbehalten und mit der Firma als Handelsgeschäft weiterführen und das Reichsgericht (56, 187; ZBlFG. 4, 799) — es handelt sich hier um den, unter einer Firma vereinigten Vertrieb von Petroleum und Beleuchtungskörpern — hat diesen Grundsatz klipp und klar in folgende Worte gefaßt: „Der ‚Erwerb eines Handelsgeschäfts‘ liegt nicht vor, wenn nur die Veräußerung eines einzelnen Geschäftszweiges stattfindet, während das alte Geschäft fortgesetzt wird. Der Erwerber darf daher in einem solchen Falle die bisherige Firma selbst nicht mit Zustimmung des Veräußerers annehmen und weiterführen, weil es an einer ‚Veräußerung des Handelsgeschäfts, für welches die Firma geführt wird‘, fehlt.“

Nun hat allerdings das Oberlandesgericht Karlsruhe (OLGR. 12, 423; DJZ. 06, 770; Recht 06, 868; Jahrb. 07 S. 642) entschieden, daß, wenn ein Handelsgeschäft verschiedene Geschäftszweige in sich schließe, die in jeder Beziehung (nach Betrieb, Anlagen, Buchführung, Aktiven und Passiven) von anderen Zweigen getrennt gehalten werden, sich die Abtretung eines solchen Zweiges und dessen Erwerb durch einen anderen qualitativ in nichts von dem Erwerb eines ganzen Handelsgeschäfts unterscheide. Auch hier handle es sich um das Fortbestehen eines geschlossenen Sondervermögens. In juristischem Sinn liegt, wie oben ausgeführt, allerdings kein Übergang eines Handelsgeschäfts in solchem Falle vor; meist wird es sich überhaupt nicht um ein ein-

heitliches Handelsgeschäft, sondern um ganz verschiedene handeln. Aber mag dem sein, wie ihm wolle, ein Firmenübergang kann mit der Veräußerung eines derartigen Zweiges nicht verknüpft sein, während nicht bestritten werden soll, daß die Übernahme und Fortführung eines solchen Handelszweiges auf den Übergang der Schulden im Sinne des § 25 HGB. von Einfluß sein kann.

Als richtig kann aus denselben Gründen auch die Entscheidung des Landesgerichtes Mainz (HessRspr. 1, 179; Jahrb. II 2 zu § 23) nicht erachtet werden. Es handelte sich um einen Einzelkaufmann, der unter derselben Firma am selben Orte zwei allerdings ganz getrennte Betriebe verschiedener Art, nämlich ein Verlagsgeschäft und einen Sortimentsbuchhandel betrieb und den einen Betrieb mit der Firma veräußerte, den anderen aber selbst unter derselben Firma weiterbetrieb. Das Landgericht Mainz verlangte nur, daß eine der beiden Firmen einen Unterscheidungszusatz gemäß § 30 HGB. annehmen müsse.

Eine bestrittene Frage ist es, ob eine Zweigniederlassung ohne das Hauptgeschäft mit der Befugnis zur Fortführung seiner Firma, also selbständig veräußert werden kann. Zweifellos ist dies jederzeit in der Art möglich, daß das Zweiggeschäft von seinem Inhaber zu einem selbständigen Handelsgeschäft erhoben und dann mit seiner Firma veräußert wird (Staub § 30 Anm. 11). Handelt es sich um eine ursprüngliche Firma des Inhabers, so macht diese Erhebung keinerlei Schwierigkeiten; das ist zweifellos zulässig (KG. bei Johow 15, 12; OLGR. 4, 462 und 7, 147). Handelt es sich aber um eine abgeleitete Firma, die für Haupt- und Nebenniederlassung geführt wird, so verlangt die Rechtsprechung zur Mitübertragung der Firma die Genehmigung des früheren Inhabers, dessen Namen in der Firma enthalten ist (KG. in OLGR. 4, 462 und 7, 147; OLG. Frankfurt im Recht 07, 581). Es mag dahingestellt bleiben, ob diese Auslegung, die das Kammergericht hier dem Übertragungswillen des Firmenveräußerers angedeihen läßt, nicht

eine zu weit gehende ist und ob nicht umgekehrt angenommen werden muß, daß, wenn die näheren Umstände, insbesondere der Vertragsinhalt nicht darauf hinweisen, daß der Veräußerer das Vervielfältigungsrecht ausschließen wollte, das Recht, auch unter der Namensfirma des Veräußerers Zweiggeschäfte zu gründen, diese zu selbständigen Geschäften und mit der Firma veräußern zu dürfen, mit der Einwilligungserklärung des Veräußerers auf den Erwerber übergeht. Eine zweifelhafte Frage ist es jedenfalls, ob ein Zweiggeschäft, ohne vorher zur Hauptniederlassung erhoben zu werden, mit Firma veräußert werden kann. Das Kammergericht in Johow 2, 17 und 9, 17 verneinte früher die Möglichkeit. Ebenso Anschütz und Völderndorff (I S. 186) und Gareis-Fuchsberger S. 62. Diese betonten, daß eine Zweigniederlassung kein in sich abgeschlossenes, selbständig bestehendes und nur von sich abhängiges Handelsgeschäft sei, sondern auf der Existenz des Hauptgeschäftes beruhe, die Rechtslage desselben teile und von ihm mehr oder minder abhängig sei. Werde diese Abhängigkeit aufgehoben und das Zweiggeschäft unabhängig von sich selbst gestellt, so entstehe ein vollständig neues Rechtssubjekt, ein vollständig neues Handelsgeschäft, dessen Firma auch den Vorschriften über neue Firmen unterstehen müsse. Eine Übertragung der seitherigen, vom Hauptgeschäft abgeleiteten Firma sei deshalb unzulässig. Demgegenüber ist aber zu beachten, daß derartige Zweigniederlassungen, namentlich wenn sie besondere Firmen führen, meist ein für sich abgeschlossenes wirtschaftliches Ganzes bilden, daß sie ebenso wie das Hauptgeschäft meist der Mittelpunkt eines aus dem Betriebe eines Handelsgewerbes an einem bestimmten Orte hervorgehenden Inbegriffs von Rechtsverhältnissen ist und also sehr wohl ein Handelsgeschäft darstellen kann. Es verbleibt also nur eine gewisse innere Abhängigkeit von der Hauptniederlassung, deren Zwecken zu dienen es bestimmt ist, und diese Abhängigkeit ist häufig genug eine ganz formelle. Diese innere Abhängigkeit beruht aber lediglich auf dem dominus negotii

ab. Wenn dieser will, muß er auch in der Lage sein, dieses Abhängigkeitsverhältnis aufheben zu können. Dazu kommt, daß der § 13 HGB. der Zweigniederlassung eine gewisse Selbständigkeit nach außen verleiht und daß die Möglichkeit besteht, für ein solches Zweiggeschäft eine besondere Vertretung gemäß § 50 Abs. 3 HGB. einzurichten. Diese Anschauung, die von den meisten Kommentatoren (Staub § 30 Anm. 12; Lehmann-Ring § 22 Nr. 2; Düringer-Hachenburg § 22 I 2; Goldmann § 22 S. 91; Makower § 22 Id; Behrend S. 258; Puchelt S. 60; Schulze-Görlitz S. 111) vertreten wird, hat denn auch die Oberhand gewonnen und die Judikatur steht heute auf dem Standpunkte, daß die vorgängige Erhebung des Zweiggeschäfts zur Hauptniederlassung eine unnötige Umständlichkeit und demgemäß die direkte Veräußerung des Geschäfts einer Zweigniederlassung, insofern sie eine besondere Firma führe, zulässig sei. Auch das Kammergericht (vgl. Johow 15, 12; 18; 24; DJZ. S. 38; OLGR. 4, 462 und 7, 147) steht auf diesem Standpunkt und ebenso das Bayerische Oberste Landesgericht (in OLGR. 3, 406; Recht 02, 18; SächsArch. 12, 572; RJA. 2, 231; ZBlFG. 2, 575; ThürBl. 49, 162; Z. 53, 182; Jahrb. II 2 S. 27).

Obgleich dieser Standpunkt bei strenger Auslegung des Gesetzes nicht unbedenklich ist, darf man für die Praxis annehmen, daß die Frage zu gunsten der Übertragbarkeit der Firma einer Zweigniederlassung entschieden ist, wobei das Kammergericht allerdings zur Bedingung macht, daß, falls es sich um die Übertragung einer abgeleiteten Firma handle, in der der Name des ursprünglichen Veräußerers vorkomme, die Einwilligung desselben in die Übertragung des Firmenrechts beigebracht werden müsse. Da es immerhin zweifelhaft erscheint, ob die von dem Kammergerichte hier betätigte Auslegung richtig ist — wirtschaftlich zweckdienlich ist sie sicher nicht —, so wird man Makower § 22 Id darin beitreten müssen, daß die Genehmigung des ursprünglichen Veräußerers oder seiner Erben auch noch nachträglich erteilt werden kann. Richtig ist ja, daß dieses Verlangen nicht ganz den Voraus-

setzungen des § 22 HGB. entspricht, die möglichste Einheitlichkeit der Übertragung des Geschäfts und der Einwilligungserklärung nach Zeit und Vertrag verlangen und daß deshalb die entgegengesetzte Rechtsprechung des Kammergerichtes (Johow 13, 30 und 15, 11) als unrichtig nicht bezeichnet werden kann. Andrerseits können irgendwie zu beachtende öffentliche Interessen, die bei nachträglicher Genehmigung der Einwilligung zur Fortführung der alten Firma oder deren Änderung allerdings verletzt werden, im hier erörterten Fall nicht in Betracht kommen.

§ 27.

Übertragung des Firmenrechts durch Zwangsvollstreckung, Konkursverwalter, Liquidator.

Es fragt sich, ob das Firmenrecht Gegenstand einer Zwangsvollstreckung sein kann. Darüber hat die Zivilprozessordnung zu entscheiden. Nach dieser ist die Zwangsvollstreckung nur möglich in körperliche Sachen (§ 808), in Geldforderungen (§ 829 ff.), in Ansprüche auf Herausgabe oder Leistung körperlicher Sachen (§ 846 ff.) und in andere Vermögensrechte (§ 857). Die drei ersten Kategorien kommen hier nicht in Betracht. Es kann sich also nur darum handeln, ob das Firmenrecht ein Vermögensrecht ist, d. h. ein Recht, das einen Geldwert repräsentiert, also durch den Vollstrekkungsakt, bestehe dieser in Veräußerung oder in Nutzung, in Geld umgesetzt werden kann. Nun ist man sich in Literatur (Staub § 22 Anm. 7; Lehmann-Ring § 22 Nr. 7; Goldmann § 22 S. 94; Düringer-Hachenburg § 22 II; Makower § 22 II b; Jäger § 1 Anm. 6; v. Sarwey-Bossert § 1 Nr. 2; Meyer § 1 Nr. 1; v. Völderndorff II S. 331; Löwenthal S. 34) wie in Judikatur (RG. in JW. 02, 95; JW. 94, 317; RG. 9, 105 ff.; 29, 133; 58, 169; KG. in OLGR. 10, 327; Recht 05, 325; KGJ. 29, A 83) bis auf wenige Ausnahmen darüber einig, daß das Firmenrecht kein selbständiges Vermögensrecht ist. Ebensowenig ist die Einwilligungserklärung des

Firmeninhabers in die Fortführung die Übertragung eines Rechts in vermögensrechtlichem Sinne, es handelt sich vielmehr um die Bewilligung einer Namensführung. Schon aus diesem Grunde, dem Mangel an der Qualität als Vermögensrecht ist eine Pfändung des Firmenrechts ausgeschlossen. Kohler (Konkursrecht S. 276 und Markenrecht S. 232 Note 1) ist anderer Meinung. Nach ihm beruht die Ansicht, insbesondere des Reichsgerichts, daß der Name kein Wertgegenstand, kein Vermögensrecht sei, auf einer Verwechslung. Der Name sei allerdings kein externes Vermögensgut, sondern ein Individualgut, aber er sei Träger von Individualinteressen und damit Gegenstand der vermögensrechtlichen Ausbeute. Auch insofern sei die Argumentation des Reichsgerichtes falsch, als es daraus folgere, daß die Übertragung der Firma keine Veräußerung sei. Allerdings sei die Übertragung der Firma kein translatives Geschäft, indem vielmehr der eine die Firma aufgebe, der andere dieselbe originär erwerbe. Allein die Veräußerung begreife nicht nur translative Geschäfte in sich, vielmehr sei auch das eine Veräußerung, wenn der eine ein Recht aufgebe, auf daß es der andere erwerbe. Eine solche Veräußerung sei aber auf dem Wege der Zwangsvollstreckung zu erzielen, die weite Fassung des § 754 (jetzt § 857) ZPO. gebe hierzu vollständig genügende Mittel. Gegen diese Auffassung, die sich auch Dernburg (Bürgerl. Recht I § 99, 12) zu eigen gemacht hat, sind in drei Richtungen Einwendungen zu erheben. Einmal ist und bleibt die Firma in erster Linie ein Bezeichnungsmittel, sie gehört zum Namensrecht und deshalb kann sie, selbst wenn man sie mit Kohler als eine Trägerin von Individualinteressen und Gegenstand vermögensrechtlicher Ausbeute anerkennen will, niemals selbst Vermögensgegenstand werden, ebensowenig wie der Familienname. Damit ist aber die Anwendung des § 857 ZPO. von vornherein ausgeschlossen. Will man aber selbst so weit gehen, daß man annimmt, die Firma werde in dem Augenblick, in dem sie mit dem Geschäft verkauft wird, ein Vermögenswert, ein Wertobjekt, weil gerade für

sie vielleicht eine bestimmte Summe bezahlt wird, so könnte doch der § 857 ZPO. nicht zur Anwendung kommen; denn er verlangt, daß das zu pfändende Vermögensrecht bereits zur Zeit der Pfändung Gegenstand des Vermögens des Schuldners ist (Gaupp-Stein § 857 I 3). Dies ist aber keineswegs der Fall. Schließlich beweist aber die Unmöglichkeit der Pfändung des Firmenrechts am schlagendsten der § 22 HGB. selbst. Dieser Paragraph, der den Übergang des Firmenrechts erschöpfend regelt, stellt als unerläßliche Voraussetzung der Übertragbarkeit des Firmenrechts die Einwilligung des Geschäftsinhabers oder seiner Erben in die Fortführung der Firma auf. Ohne diese Einwilligung, die nach Lage der Sache nur freiwillig, nie gezwungen erfolgen kann, ist ein Übergang des Firmenrechts ausgeschlossen (Makower § 22 IIb; Olshausen 68). Selbst wenn diese gesetzliche Voraussetzung der Einwilligung des Firmeninhabers nicht ausdrücklich statuiert wäre und man auch ohne § 22 HGB. eine Übertragbarkeit des Firmenrechts grundsätzlich anerkennen wollte, so würde man doch nach der ganzen rechtlichen Struktur des Namensrechts annehmen müssen, daß die Firma mit der Person des jeweiligen Inhabers derart eng verknüpft ist, daß die Übertragung derselben und des damit verbundenen Rechts zur Firmenführung lediglich der freien Entschließung des Inhabers überlassen bleiben muß. Nicht gebilligt werden kann auch die Auffassung Kohlers, daß es sich bei dem Übergang des Firmenrechts nicht um ein translatives Geschäft handle; denn der Erwerber darf die Firma so weiterführen, wie sie sein Rechtsvorgänger führte, das Recht des Veräußerers geht in complexu über. Von einem originären Erwerb, wie Kohler meint, kann aber erst recht nicht die Rede sein; denn der Erwerber leitet doch sein Recht vom Rechte des Veräußerers ab. Besteht dessen Firmenrecht überhaupt nicht, weil er z. B. nur eingetragener Minderkaufmann ist, so erwirbt auch der Erwerber trotz guten Glaubens kein Firmenrecht. Der Erwerb ist also derivativ (vgl. Olshausen S. 65). Kent (Nr. 535) hält eine zwangsweise

Übertragung des Firmenrechts schon um deswillen regelmäßig für unmöglich, weil der Geschäftsbetrieb, welcher kein selbständiges Vermögensobjekt, sondern eine Summe tatsächlicher Beziehungen sei, der Pfändung nicht unterliege und deshalb nicht gemäß § 23 HGB. mitübertragen werden könne. Olshausen meint nun (68), es könnten die zum Geschäft gehörigen Aktiven und so das ganze Geschäft gepfändet und übertragen werden. Diese Ansicht ist unrichtig; denn eine Pfändung und Übertragung der einzelnen Aktiven würde zur Übertragung des Handelsgeschäfts nicht genügen. Denn unter Aktiven sind nicht etwa nur die vorhandenen Warenvorräte, Geschäftsutensilien und Forderungen zu verstehen, die ja zweifellos gepfändet werden könnten, nein, das Handelsgeschäft umfaßt auch die sogenannten Chancen des Geschäfts, wie Fabrikationsgeheimnisse, Beziehungen zu den Kunden, den Kredit und die durch die Beziehungen zur Mitwelt geschaffenen Aussichten für den weiteren Geschäftsbetrieb (Staub § 22 Anm. 4). Gerade diese körperlich nicht greifbaren und sinnlich kaum wahrnehmbaren Chancen sind häufig die wertvollsten Bestandteile des Handelsgeschäfts. Wie aber soll in diese eine Zwangsvollstreckung betrieben, wie sollen sie im Wege der Exekution ausgebeutet und ausgeübt werden? Den Geschäftsinhaber kann man zur Preisgabe und zur Übertragung nicht zwingen und deshalb wird man Kent darin zustimmen müssen, daß schon mangels der Möglichkeit der Pfändung eines Handelsgeschäfts als solchen die zwangsweise Übertragung des Firmenrechts ausgeschlossen ist.

Mit der Frage der Zwangsvollstreckung in das Firmenrecht hängt auch die weitere, höchst aktuelle Frage zusammen, ob der Konkursverwalter berechtigt ist, mit einem zur Konkursmasse gehörigen Handelsgeschäft zugleich über die dazu gehörige Firma zu verfügen, ob er also die gemäß § 22 HGB. abzugebende ausdrückliche Einwilligungserklärung abzugeben hat. Nach § 1 KO. umfaßt das Konkursverfahren das gesamte, einer Zwangsvollstreckung unterliegende Ver-

mögen des Gemeinschuldners, welches ihm zur Zeit der Konkurseröffnung gehörte. Da nun, wie oben gezeigt, das Firmenrecht der Zwangsvollstreckung nicht unterliegt, ist der Konkursverwalter zur Verfügung über das Firmenrecht nicht berufen, die erforderliche Bewilligung muß also stets der Gemeinschuldner erteilen (RG. 9, 106; 29, 133; 58, 169; RG. in JW. 02, 95; Bolze VI Nr. 169; OLG. Colmar in Z. 46, 467; KG. in Johow 13, 36; OLG. Dresden in SächsAnn. 20, 425; ThürBl. 48, 390). Auch die Literatur ist sich darüber im großen und ganzen einig (vgl. die oben zitierten, außerdem Schellhaas, Konkursrecht und Opet in Z. 49, 116; Olshausen 69). Allerdings darf der Konkursverwalter gemäß § 134 Ziff. 1 KO. das Geschäft im ganzen veräußern, soll jedoch das Firmenrecht mit übergehen, so muß unbedingt der Kridar mitwirken, der übrigens auch zur Führung von das Firmenrecht betreffenden Prozessen legitimiert bleibt (OLG. Colmar in Z. 46, 467).

Staub § 22 Anm. 7 will nun einen Unterschied machen, je nachdem das vom Konkursverwalter zu veräußernde Handelsgeschäft eine ursprüngliche, d. h. mit einem Namensrecht verbundene, oder ob sie eine abgeleitete Firma führe. Er will bei abgeleiteten Firmen dem Konkursverwalter das Verfügungsrecht über die Firma zugestehen. Diese Ansicht kann keineswegs gebilligt werden. Sie widerspricht dem inneren Wesen des Firmenrechts und vor allem auch den von Staub selbst für ursprüngliche Firmen aufgestellten Grundsätzen. Oder sollte eine abgeleitete Firma im Gegensatz zur ursprünglichen ein Wertobjekt geworden sein? Und sollte für eine abgeleitete Firma die Vorschrift des § 22 HGB., daß der Geschäftsinhaber oder dessen Erben allein die Einwilligung erklären müssen, keine Geltung haben? Die Firma ist der Name des Kaufmanns, einerlei ob sie mit seinem bürgerlichen Namen übereinstimmt oder nicht (RG. 9, 105) und beide Firmenarten sind völlig gleichartig zu behandeln.

Handelt es sich um die Veräußerung eines zu einer Nachlaßkonkurssache gehörigen Geschäfts, so müssen der Firmen-

übertragung die Erben ihre Zustimmung erteilen, auch wenn sie die Erbschaft ausgeschlagen haben; denn das Firmenrecht als ein höchst persönliches Recht ist nicht Bestandteil des Nachlasses, sondern geht auf die nächsten Familienangehörigen kraft der bestehenden Familiengemeinschaft über (vgl. Olshausen 70 und die dort und oben zitierte Entscheidung des Oberlandesgerichtes Dresden in SächsAnn. 20, 426).

Gegen die oben zitierten Reichsgerichtsentscheidungen wendet sich Kohler (Markenrecht S. 232 und Konkursrecht S. 276), ebenso Dernburg (Bürgerliches Recht Bd. 1 S. 301 Note 12). Es ist Kohler recht zu geben, wenn er behauptet, daß es häufig im Interesse der Gläubiger liegen wird, wenn die Firma mitveräußert werden könnte. Dieser rein wirtschaftliche Gesichtspunkt und vielleicht in wirtschaftlicher Hinsicht bedauerliche Zustand muß aber dem im § 22 HGB. klar und deutlich zum Ausdruck gelangten Willen des Gesetzgebers und dem inneren Wesen des Namens- und Firmenrechts weichen. Ganz unrichtig ist zweifellos, angesichts des oben Ausgeführten und mit Rücksicht auf die Rechtsnatur des Firmenrechts, die Begründung Dernburgs, der behauptet, daß die Vorschrift des § 22 HGB. nichts anderes besagen wolle, als daß die Genehmigung zur Fortführung ausdrücklich erteilt werden müsse, ein stillschweigender Übergang der Firma also ausgeschlossen sein solle. Er legt also das ganze Gewicht auf die Ausdrücklichkeit der Einwilligungserklärung, übersieht aber dabei, daß diese Vorschrift in erster Linie überhaupt die Möglichkeit zur Übertragung des Firmenrechts statuiert, das als eine Art des Namensrechts eigentlich überhaupt unübertragbar ist, dabei aber unbedingt eine Mitwirkung des Trägers des zu übertragenden Rechts verlangt.

Ebensowenig wie der Konkursverwalter kann der Liquidator eines Handelsgeschäfts ohne Zustimmung der Gesellschafter oder der berufene Vertreter der juristischen Person über das Firmenrecht verfügen. Eine Veräußerung des Handelsgeschäfts im ganzen im Liquidationsstadium ist wohl zu-

lässig (vgl. Staub § 149 Anm. 18; Kent Nr. 538; a. M. Kohler, Markenrecht S. 127), doch müssen sämtliche Gesellschafter bei der Übertragung der Firma mitwirken. Darin ist man sich im allgemeinen einig (Staub § 22 Anm. 7; Lehmann-Ring § 149 Nr. 4; Goldmann § 149 S. 666).

Der Grund für diese Beschränkung des Liquidators ist, daß es sich um die Verfügung über höchst persönliche Rechte handelt, über die gemäß § 22 HGB. nur der Geschäftsinhaber oder seine Erben verfügen dürfen. Goldmann II S. 666, Lehmann-Ring § 149 Anm. 8 und Puchelt-Förtsch § 137 Anm. 7 (altes Handelsgesetzbuch) suchen mit Unrecht den Grund hierfür darin, daß der Liquidator das Geschäft im ganzen überhaupt nicht verkaufen könne, da eine solche Maßnahme über die gesetzlich gezogenen Grenzen hinausgehe. Es ist nicht einzusehen, warum der Liquidator das Geschäft nicht in Bausch und Bogen sollte verkaufen können. Warum sollte das dem Liquidationszwecke widersprechen? Es wird vielmehr häufig im direktesten Interesse der Gläubiger und der Gesellschafter und Aktionäre liegen (vgl. RG. 44, 80). Handelt es sich um die Veräußerung des gesamten Vermögens einer Aktiengesellschaft, Aktienkommanditgesellschaft oder Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Firma, so wird schon immer deshalb die Zustimmung der Gesellschafter bzw. der Generalversammlung notwendig sein, weil die Firmenveräußerung eine Firmenveränderung involviert, also eine Änderung des Gesellschaftsvertrags vorliegt (Staub-Hachenburg § 70 Anm. 5); Kent Nr. 535 erklärt ohne weitere Begründung den Liquidator zur Firmenveräußerung legitimiert. Das ist als richtig mit Rücksicht auf die oben gemachten allgemeinen Grundsätze nicht anzuerkennen.

Der Nachlaßverwalter ist zu behandeln wie der Konkursverwalter. Er bedarf zur wirksamen Verfügung über das Firmenrecht eines zum Nachlaß gehörigen Handelsgeschäfts der Einwilligung der Erben. Dies schon deshalb, weil das Firmenrecht nicht Bestandteil des Nachlasses wird (siehe oben). Noch weniger ist der Nachlaßpfleger verfügungs-

berechtigt; denn seine Rechte sind noch beschränktere. Ist ein Testamentsvollstrecker vorhanden, so hat dieser an Stelle der Erben die Einwilligung gemäß § 22 HGB. zu erklären (Marcus in Holdheim 06, 225; LG. I Berlin in KG Bl. 06, 91).

§ 28.

Die Rechtsform der Übertragung des Handelsgeschäfts.

Das Handelsgesetzbuch gibt keinerlei Vorschriften über die Form der Verträge, durch die ein Handelsgeschäft gemäß § 22 übertragen werden soll, wenn man von § 303 absieht, in dem bestimmt ist, daß eine Verwertung des Gesellschaftsvermögens einer Aktiengesellschaft auch durch Veräußerung im ganzen erfolgen kann; denn über die Form des Vertrags, durch den diese Veräußerung erfolgen soll, ist dort ebenfalls nichts zu finden. Es haben deshalb gemäß Art. 2 Abs. 1 EG. HGB. die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches Anwendung zu finden. Das Bürgerliche Gesetzbuch proklamiert Vertragsfreiheit der Rechtsgeschäfte. Möglich ist allerdings gemäß § 125 Abs. 2 HGB., daß durch das Rechtsgeschäft selbst die Einhaltung einer bestimmten Form z. B. notarielle Protokollierung vorgeschrieben ist. Ist dies der Fall, so muß der betreffende Vertrag natürlich bei Meidung der Nichtigkeit die vorgeschriebene Form einhalten. Der abzuschließende Vertrag selbst aber, der die Übertragung eines Handelsgeschäfts bezweckt, kann ein solcher z. B. ein Schenkungsvertrag (§ 518 BGB.) oder ein Erbschaftskauf (§ 2371 BGB.) sein, den das Bürgerliche Gesetzbuch unter bestimmte Formen stellt. Auch hier ist diese vorgeschriebene Form einzuhalten, andernfalls ist der Vertrag nichtig. Selbstverständlich ist, daß der Vertrag über die Veräußerung des Handelsgeschäfts dann gerichtlich oder notariell abgeschlossen sein muß, wenn zu den Bestandteilen des Geschäfts auch Immobilien gehören und diese mit zu Eigentum übertragen werden sollen (§ 313 BGB.). Die Nichteinhaltung dieser Formvorschrift könnte den ganzen Vertrag nichtig machen,

falls nicht anzunehmen ist, daß auch ohne die Übertragung der Grundstücke der Vertrag abgeschlossen worden wäre (vgl. Näheres bei Goldmann Bd. I S. 92 und 93).

Es wird nun in der Literatur mehrfach die Meinung vertreten, daß die Veräußerung des Handelsgeschäfts eines Einzelkaufmanns (Hellwig § 61; Lehmann-Ring § 25 Nr. 10) und diejenige des Geschäfts einer offenen Handelsgesellschaft (Cohn S. 56; Lehmann-Ring § 25 Nr. 4 und Makower § 25 IV b; Düringer Hachenburg § 25 V b; D. S. 37; Hahn S. 220) die Veräußerung des gegenwärtigen Vermögens oder eines Bruchteils desselben involviere und deshalb die Formvorschrift des § 311 BGB. eingehalten werden müsse. Diese Ansicht kann als richtig nicht anerkannt werden.

Der § 311 BGB. bestimmt:

„Ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet sein gegenwärtiges Vermögen oder einen Bruchteil seines gegenwärtigen Vermögens zu übertragen oder mit einem Nießbrauch zu belasten, bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung."

Diese Formvorschrift entspricht der sozialen Tragweite und der Gefährlichkeit derartiger Verträge (Oertmann § 311). Die Motive (Mugdan, Materialien Bd. 2 S. 103) sagen hierzu: „Die gerichtliche bzw. notarielle Form ist vorgeschrieben nicht nur zur Befestigung der Rechtssicherheit, sondern auch, um die Kontrahenten bei diesen inhaltsschweren Geschäften, welche vielfach faktisch eine antizipierte Erbfolge enthalten, vor Übereilung zu schützen, zugleich um die Umgehung der Formvorschriften für die Verfügungen von Todes wegen möglichst zu verhüten." Diese Gesetzesvorschrift hat also nur die Veräußerung des Gesamtvermögens im Auge oder doch die Veräußerung eines Bruchteils. Daß das Gesetz nur die Veräußerung des ganzen Vermögens treffen wollte, geht auch daraus hervor, daß es in dem ersten Entwurf noch hieß: „ganzes gegenwärtiges Vermögen". Dieses „ganz" ist später nur deshalb weggefallen, weil es unnötig erschien. Im § 419 BGB., der ein ähnliches bzw. dasselbe Verhältnis nach andrer

Richtung regelt, verhielt es sich gerade so und Planck bemerkt in seinem Kommentar in Anm. 4 zu § 419, daß dieses „ganz" nur zu dem Zweck gestrichen worden sei, um klar zu stellen, daß die Vorschriften des § 419 auch dann Anwendung zu finden hätten, wenn einzelne Gegenstände von der Übertragung ausgeschlossen sind. Zweifellos kann nun nicht davon gesprochen werden, daß der Einzelkaufmann, der sein Handelsgeschäft auf einen anderen überträgt, sich damit seines „ganzen" gegenwärtigen Vermögens entäußere. Einiges Vermögen, wie seine Kleidungsstücke und sein Mobiliar wird er immer behalten. Denkbar ist ja schließlich ein Fall, daß ein Einzelkaufmann sich gelegentlich des Verkaufs seines Handelsvermögens seines gesamten gegenwärtigen Vermögens entäußert und sich dabei nur das Eigentum an seinen notwendigen Kleidungsstücken vorbehält, welch letzterer Vorbehalt ja an sich die Notwendigkeit der Beurkundung nicht ausschließen würde. Einen derartigen Fall betrifft die Entscheidung in RG. Bd. 17, 96, auf die sich auch Makower § 25 IV b beruft, indem er für Anwendung des § 311 BGB. eintritt. Es ist der dort geschilderte Fall aber ein Ausnahmefall. Aus ihm kann schon deshalb ein Grund für die gegnerische Anschauung nicht entnommen werden, weil der Veräußerer dort eben nicht nur sein Handelsgeschäft, sondern auch alles andere Vermögen, das teilweise mit dem Handelsgeschäft in keinerlei Beziehungen stand, veräußerte. Denn man wird wohl nicht behaupten können, daß das Mobiliar eines Kaufmanns, sein Bett, sein Kleiderschrank Bestandteile seines Handelsgeschäftes seien. Dasselbe hat zu gelten für die Veräußerung des Handelsgeschäfts einer offenen Handelsgesellschaft; denn auch hier sind die Gesellschafter die Veräußerer des Geschäfts und man wird sagen müssen, daß es sich auch hier nicht um die Veräußerung eines ganzen gegenwärtigen Vermögens handelt. Sollte wirklich das Vertragsobjekt ein ganzes gegenwärtiges Vermögen darstellen, so handelt es sich eben niemals um die Veräußerung eines Handelsgeschäfts. Nun ist der Standpunkt vertreten

worden (Cohn in Gruchot 42, 56; Hellwig § 61), daß das Geschäft der Gesellschaft als Vermögensmasse eine selbständige Bedeutung besitze, daß es sich um ein ganz bestimmt abgegrenztes Sondergut handle. Nun ist es richtig, daß, wie an andrer Stelle bereits ausgeführt, in der Literatur (vgl. Cosack § 14 II 2; Dernburg BGB. II S. 174, III § 2, 3) das Gesellschaftsvermögen, das Handelsgeschäft als ein Sondergut bezeichnet wird. Aber abgesehen davon, daß es im Tatbestand des § 311 BGB. nicht auf die selbständige Bedeutung der veräußerten Vermögensmasse ankommt, sondern darauf, ob das veräußerte Vermögen das gesamte gegenwärtige Vermögen des Veräußerers darstellt, so weisen auch die Motive zu § 1085 BGB., der sich mit dem Nießbrauch an einem ganzen Vermögen befaßt, darauf hin, daß die Veräußerung eines Sonderguts nicht unter die erschwerende Formvorschrift des § 311 BGB. fallen soll. Infolge dieser Vorschrift ist wohl die Belastung eines gegenwärtigen Vermögens mit einem Nießbrauch zu beurkunden. Die Motive sagen aber (Mugdan Materialen, III S. 313): „Der Entwurf enthält nur Bestimmungen über den Nießbrauch am ganzen Vermögen einer Person, nicht aber über den Nießbrauch an einem Sondervermögen, welches für einen speziellen Zweck bestellt ist. Am nächsten würde es liegen, den Nießbrauch an einem Erwerbsgeschäft zu regeln.“ Auf dem Wege der Auslegung kann daraus jedenfalls entnommen werden, daß der Gesetzgeber ein Sondergut und seine Veräußerung nicht auf die gleiche Stufe mit derjenigen eines ganzen Vermögens stellen wollte, daß er für die Belastung eines Sonderguts mit einem Nießbrauch und damit (arg. § 311 BGB.) auch für die Veräußerung eines Sonderguts eine beurkundende Form nicht vorschreiben wollte. Derselben Ansicht sind hinsichtlich der offenen Handelsgesellschaft Staub § 22 Anm. 20; Goldmann I S. 92; Ritter Vorträge § 6 II S. 39; Jacusiel S. 19ff.; vgl. RG. in LZ. 1910; 393; a. A. besonders Düringer-Hachenberg § 25 Anm. 5.

Einig ist man sich darüber, daß die Beurkundung des

§ 311 BGB. einzutreten hat, wenn eine juristische Person ihr gesamtes Vermögen oder einen Bruchteil desselben veräußert, ein Fall, der bei der Verwertung des Gesellschaftsvermögens durch Veräußerung im ganzen im Sinne des § 303 HGB. zweifellos gegeben ist. Veräußert eine handeltreibende juristische Person ihr Handelsgeschäft, so veräußert sie eben ihr ganzes gegenwärtiges Vermögen, womit die Anwendung des § 311 BGB. von selbst gegeben ist.

§ 29.

Der Veräußerer des Handelsgeschäfts.

Zur Führung einer Firma berechtigt ist nur ein Vollkaufmann im Sinne der §§ 1 bis 5 des HGB. Es kann deshalb gemäß dem Rechtsgrundsatz, daß niemand mehr Rechte übertragen kann, als er selbst besitzt, auch nur ein Vollkaufmann eine Firma nebst Handelsgeschäft im Sinne des § 22 HGB. auf einen anderen mit Rechtswirksamkeit übertragen. Veräußert also ein Minderkaufmann sein Geschäft mit Firma an einen Dritten, so erwirbt der Dritte keineswegs das Recht auf Führung des Namens bzw. der Firma des Minderkaufmanns. Erweitert nun der Erwerber das Handelsgeschäft des Minderkaufmanns in solchem Grade oder unterzieht er es einer derartigen Umwandlung, daß aus ihm ein Vollhandelsgewerbe wird, so ist er trotzdem nicht berechtigt, die erworbene Firma des Minderkaufmanns als seine Firma eintragen zu lassen, er muß vielmehr eine neue, den gesetzlichen Vorschriften in §§ 18ff. HGB. entsprechende Firma wählen (KGJ. 13, 27; Staub § 22 Anm. 1). Diesen Grundsatz spricht auch das Oberlandesgericht Stuttgart in OLGR. 2, 14 aus: „§ 22 setzt voraus, daß das erworbene Geschäft, dessen „Firma“ fortgeführt werden soll, bereits bei dem Erwerb ein Handelsgeschäft im Sinne des damals geltenden Rechts war. War dies nicht der Fall, so kann der Erwerber, wenn das Geschäft nunmehr ein Handelsgeschäft im Sinne des Gesetzes wird, nicht die übernommene Namensbezeich-

nung, die keine „Firma“ im Rechtssinne war, sondern nur seinen Namen und Vornamen eintragen lassen.“ Ebenso liegt die Sache, wenn ein Minderkaufmann oder gar ein Nichtkaufmann trotz Fehlens der gesetzlichen Voraussetzungen, also widerrechtlich in das Handelsregister eingetragen worden ist. Allerdings gilt er alsdann gemäß § 5 HGB. zivilrechtlich Dritten gegenüber als Vollkaufmann, aber in Wahrheit ist er keiner. In Wirklichkeit besitzt er kein Firmenrecht; denn er ist nur Scheinkaufmann und kann also auch folgerichtig kein Firmenrecht übertragen (Kohler, Markenschutz S. 125, 126; Olshausen S. 60 und 65 Anm. 158). „Das Recht zur Übertragungsbewilligung einer Firma setzt befugte Firmenführung des auctor voraus; die bloße, tatsächliche ungestörte bisherige Benutzung einer Firma genügt nicht zur Rechtfertigung der Anmeldung aus § 31 HGB.“ (Marcus in Holdheim 06, 313). Wie jeder Dritte gegen den Veräußerer aus § 37 HGB. bei Vorliegen der dort statuierten Voraussetzungen vorgehen konnte, wie der Registerrichter gegen den Veräußerer die Löschung der unrechtmäßig geführten und eingetragenen Firma gemäß § 142 FGG. betreiben kann, so kann auch der Registerrichter dem Erwerber die Eintragung der erworbenen Firma versagen und gegen ihn wegen Löschung eventuell mit Ordnungsstrafen vorgehen (vgl. Staub § 22 Anm. 3; Theodor Cohn 56). Dem Erwerber hilft auch nicht sein guter Glaube; der Rechtssatz „Hand muß Hand wahren“ (RG. 25, 4, auch in JW. 03, 342), der im § 932 BGB. ausgesprochen ist, kann auf Firmen keine Anwendung finden, da die Firma keine bewegliche Sache ist (vgl. auch RG. 25, 5; OLG. Hamburg in HansGerZ. 14, 147). Wird der Übergang der erworbenen Firma trotzdem eingetragen, so geht die Firma zwar über, aber auch nur als Scheinfirma, behaftet mit allen früheren Mängeln. Dieser Mangel kann auch nicht dadurch behoben werden, daß der Erwerber selbst im Laufe seiner Geschäftsführung die nötigen Voraussetzungen für ein Vollhandelsgewerbe schafft. Der der Firma anhaftende Fehler bleibt bestehen, eine Ersetzbarkeit der

Firma, die den Mangel heilen könnte, gibt es nicht (RG. 25, 6) und es bleibt dem Erwerber, der vielleicht gerade für die Firma einen teuren Preis bezahlt hat, nichts anderes übrig als eine ursprüngliche Firma anzunehmen. Mag dieses Resultat auch unbillig erscheinen, so entspricht es doch sowohl den allgemeinen Rechtsgrundsätzen wie insbesondere den im Interesse des Publikums möglichst streng auszulegenden und anzuwendenden Vorschriften des Firmenrechts. Es kann deshalb auch die Ansicht von Düringer-Hachenburg § 22 II 1 nicht als richtig anerkannt werden. Diese wollen auf Firmen, die einmal eingetragen sind, unter allen Umständen den § 22 HGB. angewendet wissen, wollen also den Übergang einer an sich zu Unrecht geführten und jederzeit den Angriffen Dritter und des Registerrichters ausgesetzten Firma für zulässig erklären, auch wenn die Voraussetzungen des § 2 und 3 Abs. 2 HGB. nicht gegeben sind. Zur Begründung ihres Standspunkts beziehen sie sich lediglich auf § 5 HGB. Dieser Paragraph spricht aber nicht den Grundsatz aus, daß derjenige, der ein Gewerbe betreibt, das gar kein Handelsgewerbe im Sinne des Handelsgesetzbuches ist, nunmehr Vollkaufmann und daß sein Gewerbe ein Vollhandelsgewerbe wird, sondern nur, daß er mit seinem Gewerbe für die Dauer ihrer Eintragung zivilrechtlich als Vollkaufmann behandelt wird (Staub § 5 Anm. 3; Goldmann § 5, II; Makower § 5). Ein wirklicher Vollkaufmann, der ein Geschäft mit dem Firmenrecht gemäß § 22 HGB. veräußern kann, wird also durch § 5 HGB. nicht geschaffen.

Ebensowenig kann eine Firma mit Handelsgeschäft von einem solchen Kaufmann gültig auf einen anderen übertragen werden, der zwar seinerzeit mit Recht gemäß § 2 oder § 3 Abs. 2 HGB. in das Handelsregister eingetragen worden ist, dessen Gewerbebetrieb aber aufgehört hat, nach Art und Umfang eine kaufmännische Einrichtung zu erfordern. Er hat aufgehört Vollkaufmann zu sein und damit ist ihm die Möglichkeit, seine Firma nach § 22 HGB. zu übertragen, genommen (Staub § 2 Anm. 16; Cosack § 7, 24; Düringer-

Hachenburg § 1 XV S. 37; a. A. Goldmann I 2b S. 28; Makower § 1 IIg).

Der Veräußerer der Firma vermag dem Erwerber auch nicht das Recht einzuräumen, mit dem Geschäft eine Firma zu übernehmen, die er hätte führen dürfen, die er aber nicht geführt hat (RG. in Holdheim 04, 228; Recht 04, 579; ZBlFG. 5, 391; Gruchot 48, 261).

Keine Voraussetzung für die Übertragbarkeit einer Firma ist es, daß die zu übertragende Firma im Handelsregister eingetragen ist (KGJ. 5, 24; 13, 26; RG. 55, 85; KG. in OLGR. 4, 147; Opet in Z. 49, 111; Staub § 22 Anm. 2; Düringer-Hachenburg § 22 II 1; Goldmann § 22 Anm. 1 a. a. O.). Das Reichsgericht hat diesen Grundsatz in seiner neuesten Entscheidung vom 12. Dezember 1906 im Bd. 65 S. 4 (weiter abgedruckt in LZ. 07, 139; JW. 07, 82; ZBlFG. 7, 733; Recht 07, 1148) wiederholt bestätigt: „Für die Anwendbarkeit des § 22 ist es nicht Voraussetzung, daß die Firma eingetragen ist (abgesehen von den Fällen des § 2 und § 3 HGB.). Weder die Wirksamkeit der Einwilligung, noch das Recht zur Fortführung der Firma ist von der Eintragung im Handelsregister abhängig. Der Erwerber des Geschäfts kann aber von dem Veräußerer die Mitwirkung zur Eintragung in Anspruch nehmen, wenn noch keine Eintragung bestand."

Zu unterscheiden ist hier natürlich, ob es sich um einen Vollkaufmann gemäß § 1 oder um einen solchen nach § 2 oder § 3 Abs. 2 HGB. handelt. Bei dem ersteren ist eine Eintragung überhaupt nicht Voraussetzung der Vollkaufmannsqualität, während bei den zweiten die Eigenschaft als Vollkaufmann erst mit der Eintragung erworben wird. Bestritten ist die Frage, ob die Löschung der Firma im Handelsregister die Kaufmannseigenschaft beendigt, falls das Geschäft selbst tatsächlich noch weiter geführt wird. Ohne Zweifel ist dies nicht der Fall und auch unbestritten — bei Vollkaufleuten aus § 1 HGB. Wird eine solche Firma gelöscht, das Geschäft aber trotzdem weiter betrieben, so ist eine Übertragung der Firma gemäß § 22 HGB. ebensogut mög-

lich, als wäre die Firma niemals eingetragen gewesen (Adler u. Clemens Nr. 1000). Eine andere Frage ist es, ob dasselbe gilt, wenn die Firma eines Vollkaufmanns aus § 2 und § 3 HGB. mit oder gegen dessen Willen, etwa versehentlich oder willkürlich gelöscht wird und der Kaufmann sein Geschäft tatsächlich in dem in § 2 und § 3 HGB. vorgesehenen Umfang weiter betreibt. Die herrschende Meinung geht dahin, daß mit der Löschung der Firma eines solchen Kaufmanns seine Eigenschaft als Vollkaufmann beseitigt sei. Zur Begründung wird mit Recht angeführt, daß in diesen Fällen die Eintragung erst den Kaufmann zur Existenz bringe und deshalb folgerichtig bei Wegfall dieser Voraussetzung auch die Qualität als Kaufmann wegfallen müsse (vgl. Staub § 2 Anm. 17; Düringer-Hachenburg § 2 IX; Goldmann § 3 Anm. 2 II c. S. 28; jetzt auch Cosack § 7 Anm. 24 und 25 und Schirrmeister in Z. 49, 34). Auch Makower § 5 III teilt diese Ansicht, wenn er auch generell annimmt, daß die Tatsache der Löschung an sich nicht entscheidend sei für die Frage, ob der Gelöschte die Eigenschaft als Vollkaufmann verloren hat.

Die Denkschrift S. 15 (Hahn 200) scheint diese Ansicht nicht zu teilen. Sie sagt an der zitierten Stelle: „Wird die nach § 3 eingetragene Firma zu Unrecht gelöscht, so behält gleichwohl das Unternehmen die einmal begründete Eigenschaft eines Handelsgewerbes, solange die im § 2 bezeichneten sachlichen Voraussetzungen in Ansehung der Art und des Umfangs des Betriebes fortbestehen.“ Dieser Ansicht hat sich Gierke § 12 und auch Lehmann-Ring § 3 Nr. 8 und § 1 Nr. 33 angeschlossen. Sie stehen also auf dem Standpunkte, daß die zu Unrecht erfolgte Löschung der Firma eines Kaufmanns nach § 2 und § 3 HGB. die Kaufmannsqualität nicht beseitigt, daß das Handelsgewerbe trotz der zu Unrecht erfolgten Löschung der Firma bestehen bleibe und demgemäß auch nach der Löschung noch eine Übertragung der Firma gemäß § 22 HGB. möglich sei.

Der Denkschrift und ihren Anhängern ist aus dem oben angeführten, höchst natürlichen Grund nicht beizutreten.

Die weitere Begründung, daß auch der Wortlaut des § 2 HGB., „sofern die Firma eingetragen worden ist", dafür spreche, daß das Gesetz die Eintragung nur als Entstehungsbedingung und nicht als Bedingung der Fortdauer der Firma hinstelle, muß als gesucht und formalistisch zurückgewiesen werden.

Mit der Frage, ob der Veräußerer einer Firma gemäß § 22 HGB. noch nach der Übertragung seine Firma aufgeben und sie löschen lassen könne, hat sich ebenfalls die oben zitierte Reichsgerichtsentscheidung vom 12. Dezember 1906 Bd. 65 S. 4 beschäftigt. Sie hat folgenden Grundsatz aufgestellt: „Wer sein Handelsgeschäft mit Firma an einen anderen veräußert hat, kann diese Firma nicht nachträglich dadurch aufgeben, daß er, ehe die Umschreibung auf den neuen Erwerber bewirkt ist, ihre Löschung im Handelsregister herbeiführt. Die Firma besteht in solchem Falle trotz der Löschung fort, weil der die Löschung Beantragende zu ihrer Aufgabe nicht mehr in der Lage war und der Fortbestand der Firma (außer von den Fällen des § 2 und § 3 HGB.) von der Eintragung unabhängig ist. Die spätere Löschung der Firma sei auch unmaßgeblich, weil die Eintragung in das Handelsregister abgesehen von hier nicht in Frage stehenden Fällen nicht konstitutive, sondern nur deklaratorische Bedeutung habe. Dem Fortbestande der Firma könnte die Löschung nur entgegenstehen, wenn und insofern darin der Wille, die Firma aufzugeben, seinen Ausdruck gefunden habe und diese Aufgabe zulässig sei. Eine solche wirksame Aufgabeerklärung könne aber derjenige, welcher sein Geschäft bereits früher veräußert habe, gar nicht mehr abgeben."

Zu beachten ist allerdings, daß es sich bei dieser Entscheidung um die Firma von Kaufleuten aus § 1 HGB. handelt, bei denen, wie oben ausgeführt, eine Eintragung überhaupt nicht nötig ist. Es wird aber der hier entwickelte Grundsatz auch auf die Firmen von Kaufleuten aus § 2 und § 3 HGB. Anwendung zu finden haben; denn auch da wäre dem Veräußerer gegebenenfalls die Verfügungsmöglichkeit

über die Firma entzogen, der Veräußerer hätte kein Recht mehr, die ihm nach der Übertragung fremde Firma aufzugeben.

Führt ein Vollkaufmann mehrere Geschäfte mit verschiedenen Firmen, was für den Einzelkaufmann zulässig erscheint, so kann er eins davon inklusive Firma veräußern (vgl. Staub § 22 Anm. 3; KG. in OLGR. 4, 146; SeuffArch. 57, 151; ZBlFG. 2, 900). Natürlich kann aber die Firma nur mit dem zu ihr gehörigen Geschäft übertragen werden, keineswegs ist es dem Veräußerer gestattet, aus der Zahl der von ihm geführten Firmen diejenige zu bestimmen, die mit dem veräußerten Geschäfte übergehen soll (Lehmann-Ring § 22 Nr. 1).

Schließlich sei noch folgende Entscheidung des Oberlandesgerichts Karlsruhe als hier interessierend erwähnt: „Wenn ein Handelsgeschäft verschiedene Geschäftszweige in sich schließt und diese in jeder Beziehung nach Art, Betrieb, Anlage, Buchführung, Aktiven und Passiven von anderen Zweigen getrennt gehalten sind, so unterscheidet sich die Abtrennung eines solchen Zweiges und dessen Erwerb durch einen anderen qualitativ in nichts von dem Erwerb des ganzen Handelsgeschäfts (OLG. Karlsruhe in OLGR. 12, 423; DJZ. 06, 770; Recht 06, 868).

§ 30.

Der Erwerbsakt.

Der Erwerb des Handelsgeschäfts im Sinne des § 22 HGB. kann einer unter Lebenden oder einer von Todes wegen sein. Was zunächst den ersteren angeht, so unterscheidet das Gesetz wiederum einen Erwerb auf die Dauer zu Eigentum und Eigenbesitz (§ 22 Abs. 1 HGB.) und einen Erwerb auf Zeit und zu Fremdbesitz im Sinne des § 868 BGB., d. h. Übernahme auf Grund eines Nießbrauchs, eines Pachtvertrags oder eines ähnlichen Verhältnisses (§ 22 Abs. 2 HGB.).

In der Regel wird es sich hier in beiden Fällen um den Erwerb durch Rechtsgeschäft handeln, durch Kauf, Tausch, Schenkung, Einbringen des Unternehmers in eine Gesellschaft, Gesellschaftsvertrag, Ehevertrag, Hingabe an Erfüllungs Statt, Gemeinschaftsteilung, insbesondere Erbenauseinandersetzung, Erbschaftskauf, Vermächtnis. Über den Nießbrauch und den Pachtvertrag an einem Handelsgeschäft soll anderwärts gehandelt werden. Hinsichtlich des solchen Verfügungen über das Handelsgeschäft zugrunde liegenden zivilrechtlichen Vertrags ist vor allem im Auge zu behalten, daß das Vertragsobjekt, das Handelsgeschäft keine Sache im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches, sondern, wie anderwärts ausgeführt, ein Inbegriff von Rechten und Pflichten, eine universitas juris bzw. ein Sondervermögen ist. Ein obligatorischer Vertrag kann aber natürlich doch über diese universitas juris in ihrer Gesamtheit abgeschlossen werden. Es umfaßt dann die obligatio alle zu dem Handelsgeschäft gehörigen Bestandteile. Der Veräußerer wird durch den Vertrag verpflichtet, alle diese zum Handelsgeschäft gehörigen Bestandteile auf den Erwerber zu übertragen. Es muß also noch ein der Übertragung dienender dinglicher Vertrag hinzutreten, durch den die obligatio vollzogen wird. Dies geschieht durch die Übergabe der beweglichen Gegenstände, die Auflassung etwaiger Immobilien, die Abtretung der Forderungen, die Überschreibung etwaiger Patent-, Musterschutz- und Warenzeichenrechte usw.

Dieser Veräußerungsvertrag enthält also nicht allein die Übernahme einer Verpflichtung zur Verschaffung von Eigentum an den zum Handelsgeschäft gehörigen Gegenständen, sondern vor allem auch eine gegen Entgelt übernommene Verpflichtung zum Tun, Unterlassen, Dulden. Die juristische Natur dieses Vertrages dürfte also, die Terminologie des römischen Rechts angewendet, ein Innominatkontrakt (vgl. Simon in GoldschmidtsZ. 24, 123; Behrend I S. 207; OLG. Hamburg in SeuffArch. 40, 291) nach dem Schema: do ut facias, vermischt mit einem solchen nach dem Schema: do

ut des sein. Nach herrschender Ansicht ist der Veräußerer vor allem verpflichtet, und zwar ohne besondere Vereinbarung, dem Erwerber keine Konkurrenz zu machen (RG. in DJZ. 08, 425; OLG. Colmar in OLGR. 12, 51; vgl. Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes 2, 294; Jacusiel § 34; Düringer-Hachenburg § 25 Anm. 13). Allgemein anerkannt ist das stillschweigende Konkurrenzverbot abweichend vom englischen Recht auch in der französischen Theorie und Praxis (vgl. die Zitate bei Isay, Das Recht am Unternehmen S. 250).

Ein Erwerb unter Lebenden ist unbestrittenermaßen auch der Erwerb eines Geschäfts mit Firma im Wege der Erbteilung (D. S. 36; Hahn S. 519; Makower § 25 I c; Staub § 37 Anm. 31; Düringer-Hachenburg § 25 II 3; Goldmann S. 102/3). Bestritten ist hingegen, ob der Fall des Übergangs eines Geschäfts mit Firma durch Vermächtnis als ein Erwerb unter Lebenden anzusehen sei. Geregelt ist dieser Fall im Handelsgesetzbuch überhaupt nicht. Die Beantwortung dieser Frage ist auch für das Firmenrecht als solches belanglos, sie könnte nur eine Rolle bei der Schuldenhaftung spielen. Die herrschende Meinung, so Staub § 27 Anm. 22 und § 25 Anm. 2, Düringer-Hachenburg § 25 II, Goldmann § 25 S. 102/3, Jacusiel 28 bestreiten das Vorliegen eines Erwerbs unter Lebenden, während Makower § 25 I c entgegengesetzter Ansicht ist. Auch Bolte, Die Schuldenhaftung der Erben S. 27/32 sieht darin einen Erwerb unter Lebenden. Lehmann-Ring § 22 Nr. 5 hält den Erwerb durch Legat für einen Erwerb von Todeswegen unter Bezugnahme auf RG. 9, 82 und wird in dieser Ansicht weiter unterstützt durch § 1369 BGB., der den Erwerb durch Vermächtnis ausdrücklich als Erwerb von Todes wegen bezeichnet. Zweifellos ist, daß der durch das Vermächtnis eines Handelsgeschäfts Bedachte gemäß § 2174 BGB. zunächst nur einen Anspruch gegen die Erben auf Übergabe der einzelnen zu ihm gehörigen Bestandteile erwirbt, was, wie an anderer Stelle zu zeigen sein wird, von Einfluß auf den Erwerb des Firmenrechts ist.

Hervorgehoben sei wiederholt, daß der Erwerb einer

Firma durch Ersitzung nach dem bürgerlichen Gesetzbuche schon deshalb ausgeschlossen ist, weil das Firmenrecht keine bewegliche Sache ist. Nach altem Handelsrecht war die Frage bestritten; doch war auch damals die herrschende Meinung gegen Ersitzung (näheres bei Olshausen S. 54 und 55). In RG. 25, 5 ist zu dieser Frage ausgeführt, daß das Handelsgesetzbuch als Entstehungsgründe für das Firmenrecht nur eine Individualbetätigung, bei der von dem einzelnen, der Person zugehörigen Namen Gebrauch gemacht wird, und außerdem noch den Erwerb eines Geschäfts mit Firma durch Vertrag und durch Erbschaft kenne.

Die Frage, ob die Übertragung des Firmenrechts im Wege der Exekution oder durch den Konkursverwalter, Liquidator usw. erfolgen kann, soll an anderer Stelle besprochen werden.

Die zweite Art des Erwerbs eines Handelsgeschäfts, die von Todes wegen, liegt vor bei der gesetzlichen und der testamentarischen Erbfolge, dem Erbvertrag (§ 2278 BGB.) und dem Schenkungsversprechen für den Todesfall (§ 2301 Abs. 1 BGB.), ebenso wie oben hervorgehoben bei dem Erwerb durch Legat. Der Erbe ist Universalsukzessor, einerlei ob er gesetzlicher oder testamentarischer bzw. vertraglicher Erbe, ob er Vor- oder Nacherbe ist. Mit dem Tode des Erblassers geht dessen Vermögen als Ganzes auf den oder die Erben über und zwar erfolgt der Übergang mit dem Erbfall, der zeitlich mit dem Tode des Erblassers zusammentrifft (§ 1922 BGB.). Zu der Erbschaft bzw. dem Nachlaß kann auch ein Handelsgeschäft gehören. Kohler hat in seinem Lehrbuch Bd. I § 49 neben den zu einem Nachlaß gehörigen reinen subjektiven Rechten den Begriff der „Rechtslage“ aufgestellt, den sich auch Dernburg, BGB. V § 124 III zu eigen macht. Er führt dort aus, daß zwischen „Nichtrecht“ und „subjektiven Recht“ Rechtslagen bestehen und zwar solche verschiedener Grade und verschiedener Ordnung. Unter „Rechtslage“ versteht er eine Beziehung des Rechtssubjekts zu den Lebensgütern, welche von Bedeutung sein kann für die Entstehung oder Entwicklung subjektiver Rechte und

rechnet dazu vor allem ein zum Nachlaß gehöriges Handelsgeschäft oder ein anderes, vom Erblasser betriebenes Erwerbsgeschäft. Diese „Rechtslage" als Inbegriff von Berechtigungen und Verpflichtungen erwirbt nun der Erbe definitiv erst mit dem Augenblick, in dem er die Erbschaft annimmt, oder, wenn er die vom Gesetz bestimmte Ausschlagungsfrist ungenützt verstreichen läßt, mit dem Ablaufe der Frist. Dasselbe gilt für den Vermächtnisnehmer. Dieser erwirbt das Vermächtnis zunächst vorläufig ebenfalls durch den Anfall und damit den obligatorischen Anspruch gegen die Erben auf Übertragung des Handelsgeschäfts. Definitiv wird sein Erwerb erst mit der Annahme des Vermächtnisses, wobei zu bemerken ist, daß der Vermächtnisnehmer nicht wie der Erbe an eine bestimmt begrenzte Ausschlagungsfrist gebunden ist. Mit dem definitiven Erwerb des vermachten Handelsgeschäfts erwirbt er allerdings unter Umständen noch nicht das Firmenrecht (vgl. Abhandlung über die Einwilligung), während der Alleinerbe natürlich sofort zur Fortführung der Firma berechtigt ist. Sind mehrere gesetzliche Erben vorhanden, so geht das Geschäft mit dem Firmenrecht ebenfalls ohne weiteres auf sie über. Sie können das Geschäft auf Grund der Erbengemeinschaft unter der Firma fortführen und zwar nicht nur für das Stadium der Abwicklung und Auseinandersetzung (KG. in OLGR. 4, 454; SeuffArch. 59, 103; BankArch. 3, 132; Jahrb. 3, 2 S. 12). Zum Abschlusse eines Gesellschaftsvertrages können sie vom Registerrichter nicht gezwungen werden, während natürlich die Änderung der Firmeninhaber eingetragen werden muß (vgl. Staub § 22 Anm. 6). Mit Recht hält das Jahrb. Bd. 3, 2 S. 12 § 27 diese Entscheidung für bedenklich, da mehrere Personen gemeinschaftlich ein Handelsgeschäft doch nur in der Form einer Handelsgesellschaft führen könnten. Auch die Frage der Schuldenhaftung der mehreren Miterben bei Fortführung des Geschäfts gibt zu Bedenken Anlaß.

Wollen die Erben das Geschäft gemeinschaftlich nicht weiterführen, so bleibt nichts andres übrig, als es mit oder

ohne Firma auf einen der Miterben oder einen Dritten zu übertragen. Eine Teilung des Firmenrechts bei der Erbauseinandersetzung ist natürlich mit Rücksicht auf die rechtliche Natur der Firma ausgeschlossen (vgl. Olshausen S. 66).

Mehrere Entscheidungen haben sich mit der wohl häufig praktisch werdenden Frage befaßt, wie zu verfahren ist, wenn die überlebende Ehefrau zusammen mit den Kindern Erbin eines Handelsgeschäfts geworden ist und wenn die Ehefrau als Vorerbin und die Kinder als Nacherben eingesetzt sind. Im letzteren Fall ist die als Vorerbin eingesetzte Mutter berechtigt, das zum Nachlaß gehörige Geschäft ohne vormundschaftliche Genehmigung fortzuführen und sich als Firmeninhaberin eintragen zu lassen, auch wenn sie laut Testament verpflichtet ist, sich im Wiederverheiratungsfall mit ihren Kindern auseinanderzusetzen. Ein Einschreiten der Vormundschaftsbehörde ist nur dann gegeben, wenn durch das Verhalten der Vorerbin oder durch ihre ungünstige Vermögenslage die Besorgnis einer erheblichen Verletzung der Rechte der Nacherben begründet wird und diesen damit aus § 2118 BGB. das Recht erwachsen ist, Sicherheitsleistung zu verlangen (KG. in OLGR. 4, 546). Im ersteren Falle entsteht bei Fortführung des Geschäfts des verstorbenen Einzelkaufmanns durch die Mutter und Kinder als Erben nicht ohne weiteres eine offene Handelsgesellschaft. Ein Gesellschaftsvertrag, wenn auch ein formloser, ist immer notwendig. In das Handelsregister sind als Inhaber der Firma die Mutter und Kinder als Miterben mit dem Vermerk einzutragen, daß die Mutter die alleinige Vertretungsbefugnis hat (KG. in KGJ. 22 A 280; RJA. 2, 178; OLGR. 3, 408; SächsArch. 12, 572; ZBlFG. 2, 534; KGBl. 12, 109; ThürBl. 49, 128; Jahrb. 2, 2 S. 28).

§ 31.

Der Erwerber des Handelsgeschäfts.

Die Person des Erwerbers ist im allgemeinen vollständig gleichgültig. Der § 22 HGB. sagt ganz allgemein, „wer" erwirbt. Es werden keine besonderen Qualitäten des Erwerbers gefordert, weshalb angenommen werden muß, daß jeder, der ein Handelsgewerbe betreiben darf, auch ein Handelsgeschäft gemäß § 22 HGB. erwerben kann, also jede rechtsfähige, natürliche oder mit Rechtsfähigkeit ausgestattete Person und die handelsrechtlichen Gesellschaften, auch insoweit sie nicht juristische Personen sind. Es kann also der Einzelkaufmann das Geschäft eines Einzelkaufmanns oder einer offenen Handelsgesellschaft oder Aktiengesellschaft gemäß § 22 HGB. erwerben und umgekehrt kann eine offene Handelsgesellschaft oder eine Aktiengesellschaft die Firma eines Einzelkaufmanns übernehmen. Einerlei ist dabei, ob sich die Aktiengesellschaft noch im Gründungsstadium befindet oder ob sie bereits existent ist, ob es sich um den Erwerb einer Namens- oder Sach- oder gemischten Firma handelt. In allen diesen Fällen darf also der Erwerber die erworbene Firma mit oder ohne Beifügung eines, das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatzes weiterführen. Diese Fassung würde an sich die Deutung zulassen, daß diese Vorschrift auch dann zu gelten habe, wenn ein Einzelkaufmann oder eine offene Handelsgesellschaft die Firma einer Aktiengesellschaft, Aktienkommanditgesellschaft, Gesellschaft mit beschränkter Haftung usw. erwirbt. Da für diese Gesellschaftsformen — bis auf die Aktiengesellschaften alter Form — ein gesetzlicher Zusatz, aus dem sich die Gesellschaftsform ergibt, vorgeschrieben ist, wird dieser Zusatz ein integrierender Bestandteil der Firma dieser Gesellschaften. Die weitere Konsequenz würde also sein, daß z. B. der Einzelkaufmann, der eine Aktiengesellschaft, die in ihrer Firma den Zusatz „Aktiengesellschaft" führt, erwirbt, in Zukunft diese Firma mit dem Zusatz „Aktiengesellschaft" mit oder ohne

einen weiteren Nachfolgezusatz führen könnte. Das kann unmöglich in der Absicht des Gesetzgebers gelegen haben, wenn auch die einschlägige Vorschrift sich über diesen Fall nicht ausspricht. Es würde ein derartiger Zustand ganz zweifellos zu Täuschungen des Publikums führen, das sich unter einer Aktiengesellschaft stets ein größeres, mit reichlichen Mitteln ausgestattetes Unternehmen vorzustellen pflegt, während der Erwerber selbst vielleicht nur ein Geschäft in kleinstem Umfange zu betreiben in der Lage ist. Es würde durch die Zulässigkeit einer solchen Firmenführung der vom Handelsgesetzbuch generell angenommene Grundsatz, daß in der Firma ein bestimmtes Rechtsverhältnis, das mit den Tatsachen in Widerspruch steht, nicht Ausdruck finden darf, schwer erschüttert. Ein Argument dafür, daß der Gesetzgeber diesen Zustand nicht wollte, ergibt sich aus der Denkschrift (S. 35; Hahn 218), wo bemerkt ist: „Von selbst versteht es sich andrerseits, daß eine solche Bezeichnung (d. h. als Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien) nicht beibehalten werden darf, wenn sie infolge des Wechsels der Firmeninhaber nicht mehr paßt". Auch der § 22 HGB. gibt in seinem Abs. 1 Satz 2 einen direkten Anhalt dafür, daß die Weiterführung derartiger Zusätze durch den Einzelkaufmann oder eine offene Handelsgesellschaft nicht zulässig sein soll. Dort ist ausdrücklich vorgeschrieben, daß eine Aktiengesellschaft oder Aktienkommanditgesellschaft, die z. B. die Firma eines Einzelkaufmanns oder einer offenen Handelsgesellschaft erwirbt, in ihre Firma die im § 20 HGB. vorgeschriebene Bezeichnung als Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft aufnehmen muß. Die ratio legis ist eben, unter allen Umständen die Gesellschaftsform, den Charakter des Geschäfts dem Publikum klar und deutlich vor Augen zu führen. Daraus darf aber umgekehrt gefolgert werden, daß der Gesetzgeber auch vermieden wissen will, daß die abgeleitete Firma eines Einzelkaufmanns oder einer offenen Handelsgesellschaft nach außen hin den Anschein erweckt, als läge eine Aktiengesellschaft, eine Gesellschaft mit be-

schränkter Haftung oder eine Genossenschaft vor. In dieser Richtung ist denn auch die Literatur absolut einig (vgl. Staub § 22 Anm. 12; Goldmann S. 95 Nr. 4; Düringer-Hachenburg § 22 III; Lehmann-Ring § 22 Nr. 9; Makower § 22 II d; Marcus in Holdheim 07, 19; Olshausen S. 46 Anm. 97; Gierke § 23; Cohn, Neuerungen des materiellen Firmenrechts in Gruchot 42, 48).

Dasselbe wird gelten müssen bei Übernahme staatlicher oder kommunaler Unternehmungen durch einen Erwerber, der nicht demselben Typus angehört. Praktisch wird der Fall wohl selten werden, da Staat und Kommune bei Veräußerung ihrer Unternehmungen selbst dafür sorgen werden, daß auf ihre frühere Inhaberschaft hindeutende Firmenbestandteile weggelassen werden.

Das Reichsgericht hat sich in Bd. 15 S. 102 bis 111 mit der Frage beschäftigt, ob ein Einzelkaufmann oder eine offene Handelsgesellschaft, die von einer Aktiengesellschaft in deren Firma sich der Zusatz „Aktiengesellschaft“ nicht befindet, ein Handelsgeschäft gemäß § 22 HGB. erworben hat, die Firma fortführen dürfe. Es handelte sich um die Firma einer Aktiengesellschaft „Deutsche Globe, Hufnagelgesellschaft“. Das Reichsgericht hat die Frage bejaht. In solchem Falle darf also die Firma der Aktiengesellschaft unverändert oder mit einem Nachfolgezusatz fortgeführt werden. Über die oben erörterte Frage, ob ein Einzelkaufmann auch den eventuell vorhandenen Zusatz „Aktiengesellschaft“ in der abgeleiteten Firma fortführen dürfe, hat sich das Reichsgericht nicht weiter ausgelassen, doch scheint aus der Bemerkung, „nun mag sich aus allgemeinen Gründen der Rechtsordnung herleiten lassen, daß solche Fortführung dann nicht statthaft ist, wenn die Firma ihren Inhaber ausdrücklich als Aktiengesellschaft bezeichnet (Keyßner, HGB. Nr. 6 zu Art. 22)“, hervorzugehen, daß auch das Reichsgericht den oben eingenommenen Standpunkt teilt. Dies um so mehr, als jene Entscheidung noch unter der Herrschaft des alten Handelsgesetzbuches erging und damals für die Aktiengesellschaften noch

nicht die ausdrückliche Vorschrift galt, daß ihre Firma den gesetzlich vorgeschriebenen Zusatz „Aktiengesellschaft“ als Firmenbestandteil führen muß. Es muß also angenommen werden, daß der Einzelkaufmann, der die Firma einer Aktiengesellschaft nach § 22 HGB. erworben hat, diese Firma nur unter Weglassung des Zusatzes „Aktiengesellschaft“ oder unter Zusatz einer das Nachfolgeverhältnis andeutenden Bezeichnung fortführen darf. Marcus in Holdheim 07, 19 scheint allerdings auf dem Standpunkt zu stehen, daß der Zusatz „Aktiengesellschaft“, „Gesellschaft mit beschränkter Haftung“ auch weggelassen werden muß, wenn ein Nachfolgezusatz beigefügt wird. Doch ist hier nicht einzusehen, warum die Beibehaltung des Zusatzes „Aktiengesellschaft“ auch dann nicht gestattet sein soll, wenn sich aus dem Nachfolgezusatz klar und deutlich ergibt, daß Inhaber der Firma nicht mehr eine Aktiengesellschaft, sondern ein anderes, in dem Zusatz näher bezeichnetes Rechtssubjekt ist.

Erwirbt umgekehrt eine Aktiengesellschaft das Geschäft eines Einzelkaufmanns oder einer offenen Handelsgesellschaft und will sie die erworbene Firma in Zukunft führen, so muß sie stets gemäß § 22 Abs. 1 Satz 2 HGB. der abgeleiteten Firma den Zusatz „Aktiengesellschaft“ beifügen und nach vorgenommener Statutenänderung diese Firma als einzige führen. Sie kann jedoch auch — und dies wird, wenn auf die Buchhaltung der erworbenen Firma Wert gelegt wird, das Einfachere und Bequemere sein — ihrer bisherigen Firma die neu erworbene Firma unter einem das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatz beifügen. Darüber, ob eine Aktiengesellschaft das erworbene Geschäft unter der früheren Firma selbständig weiter betreiben, also eine doppelte Firma führen darf, vgl. die Abhandlungen über „Mehrheit der Firmenführung“.

Was oben über Aktiengesellschaften gesagt worden ist, hat natürlich analog auch auf Aktienkommanditgesellschaften, Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Genossenschaften Anwendung zu finden. Bemerkt sei noch, daß Staub § 22

Anm. 6 und Lehmann-Ring § 22 Nr. 6 dem Staat und der Kommune das Recht, ein anderes Handelsgeschäft mit Firma zu erwerben und die Firma als abgeleitete fortzuführen mit Rücksicht auf den Inhalt des § 36 HGB. absprechen will. Wird der Staat oder die Kommune als Erwerber im Handelsregister eingetragen, so steht solchem Erwerb zweifellos nichts im Wege. Lassen sie sich nicht eintragen, wozu sie gemäß § 36 HGB. berechtigt sind, so entstehen allerdings Schwierigkeiten; denn man darf wohl mit Lehmann-Ring annehmen, daß sich die privilegierende Vorschrift des § 36 HGB. nur auf die ursprüngliche Firma der vom Staat oder der Kommune betriebenen Unternehmungen bezieht. Aber sollte die Fortführung einer abgeleiteten Firma für ein staatliches Unternehmen auch dann nicht berechtigt sein, wenn ein Zusatz beigefügt wird, aus dem sich die Inhaberschaft des Staates ergibt? Dies ist doch wohl zu bejahen.

§ 32.

Der Umfang der Übertragung.

Es ist in der vorausgehenden Abhandlung festgestellt worden, was man unter dem Begriff „Handelsgeschäft" im weitesten Sinne zu subsumieren hat. Wird ein Handelsgeschäft ohne nähere vertragliche Festsetzung des Umfangs, in dem die Übertragung zu erfolgen hat, veräußert, so hat der Veräußerer die Verpflichtung, auf den Erwerber alle diese einzelnen Bestandteile zu übertragen. Selbstverständlich ist aber, daß die Übertragung des Handelsgeschäfts in diesem weitesten Sinne zum Erwerbe des Firmenrechts nicht notwendig ist, daß vielmehr durch Vertrag einzelne Bestandteile von der Übertragung ausgenommen werden können (vgl. RG. in JW. 96, 36 und 04, 99). In der älteren Doktrin war man sich auch darüber uneinig, insbesondere stellte ein Teil der Kommentatoren allgemeine Regeln auf, die bezüglich des Umfangs der Übertragung eingehalten werden müßten. So Mommsen (BuschsArch. 32, 217), der den Übergang des

Handelsvermögens zur conditio sine qua non macht; so Anschütz und Völderndorff zu § 23 S. 193, der den Übergang des ganzen Geschäfts, der Geschäftsbestandteile in ihrer Gesamtheit, der gesamten Aktiven und Passiven, die Fortsetzung der ganzen kaufmännischen Persönlichkeit des Veräußerers durch die Person des Erwerbers verlangt und ebenso Ladenburg. Es ist einleuchtend, daß es bei der Mannigfaltigkeit des Verkehrslebens und der Verschiedenheit des objektiven Inhalts eines Handelsgeschäfts gänzlich ausgeschlossen ist, generelle Regeln über den Umfang der Übertragung aufzustellen. Der Vermögenskomplex, dessen Übertragung bei dem einen Handelsgeschäft zum Erwerb des Firmenrechts genügen wird, wird bei einem anderen nicht ausreichend sein. Es muß deshalb die Beantwortung dieser Frage in erster Linie in jedem einzelnen Falle dem Ermessen des Gerichts überlassen bleiben (so auch von den älteren Kommentatoren: Gareis-Fuchsberger S. 49; Puchelt S. 59; Endemann S. 73, 74). Doch haben Judikatur und Literatur hier übereinstimmend eine unterste Grenze festgestellt, unter die nicht heruntergegangen werden darf. Wohl ist es möglich, die Übernahme der Aktiven oder der Passiven auszuschließen, wohl darf der Veräußerer die Warenvorräte oder einzelne Patent- und Urheberrechte zurückbehalten, aber es muß doch eine Übertragung des Geschäfts im großen und ganzen vorliegen, es müssen diejenigen Vermögenswerte übertragen werden, durch die der Erwerber in die Lage versetzt wird, das übernommene Geschäft im wesentlichen in derselben Art fortzuführen wie der Veräußerer oder wie man auch hier wieder sagt, die Kontinuität des Geschäftsbetriebes zu wahren (RG. 37, 178; 26, 3; Bolze 6 Nr. 169; 8 Nr. 161; Z. 46, 474 OLG. Cöln; Staub § 22 Anm. 6; Makower § 22 I d; Lehmann-Ring § 22 Nr. 2; Düringer-Hachenburg § 22 II 2; Goldmann § 22 S. 91; Geißmar in Holdheim 11, 51; jetzt auch Behrend in seinem Lehrbuch des Handelsrechts S. 86). Das Ausscheiden einzelner vom Vorgänger geführter Artikel übt keinen Einfluß auf den Übergang aus (OLG. Posen in SeuffArch.

59, 414; ZBIFG. 5, 222). Die Übertragung einer Firma mit dem Hauptteil des bisherigen Geschäfts unter gleichzeitiger Auflösung der bisher das Geschäft innehabenden Gesellschaft und die Überweisung eines einzelnen Geschäftszweiges ohne Firma an einen der bisherigen Gesellschafter ist rechtlich zulässig. Insbesondere verstößt eine solche Firmenübertragung nicht gegen die §§ 22, 23 HGB., da die Kontinuität des Geschäftsbetriebes auch dann gewahrt bleibt, wenn das Geschäft von dem neuen Inhaber nur in beschränkter Weise fortgesetzt wird. Der in RG. 56, 187 behandelte Fall liegt wesentlich anders, da dort der alte Geschäftsinhaber unter Beibehaltung der Firma und des übrigen Geschäfts einen seiner Geschäftszweige mit derselben Firma zu übertragen übernahm, was mit Recht für unzulässig erklärt wurde (RG. im Recht 05, 534; Holdheim 05, 213; ZBIFG. 6, 379; Jahrb. 06, § 22; ebenso RG. in DJZ. 06, 711; Recht 06, 810; JW. 06, 897; ZBIFG. 49, 213; Jahrb. 07, § 23 Nr. 2).

Im einzelnen ist es quaestio facti, was hierzu notwendig ist. Wie bereits früher hervorgehoben, ist der Übergang der Aktiven und Passiven keineswegs erforderlich (RG. 25, 3; 9, 83; 1, 260; KG. in DJZ. 02, 202; a. A. Isay, Das Recht am Unternehmen S. 147). Wird Übergang des Geschäfts mit Firma, aber ohne Aktiva und Passiva vereinbart, so wird dies in der Regel nicht genügen, doch bleibt es der richterlichen Feststellung überlassen, ob und welche von der Übertragung nicht ausgenommenen Geschäftsbestandteile vorhanden waren und ob die Übertragung dieser konkreten Bestandteile, wenn sie angenommen werden, mit dem Begriffe der Übertragung des bestehenden Handelsgeschäfts im Sinne der §§ 22, 23 HGB. noch vereinbar erscheinen. Nur wenn dies zu bejahen ist, wäre der Vertrag geeignet, das Firmenrecht zu übertragen (vgl. RG. in JW. 04, 99; ZBIFG. 4, 727; Jahrb. III 2 S. 9/10; RG. im Recht 04, 109).

Es sind aber auch sehr wohl Fälle denkbar, in denen die Übertragung der immateriellen Güter des Geschäfts, insbesondere seiner Chancen, die Fortführung des seitherigen

Geschäfts in wesentlich derselben Art und Weise und damit die Kontinuität gewährleisten, während die greifbaren Objekte eine ganz untergeordnete Rolle spielen, ja für den Erwerber nur unnützen Ballast darstellen (RG. 37, 178). In solchen Fällen geht mit dem Erwerb dieser Chancen auch das Firmenrecht über (Staub § 22 Anm. 6; Makower § 22 I d). Es ergibt sich hieraus, daß der Begriff des Handelsgeschäfts zwischen den in dem vorhergehenden Artikel aufgestellten weitesten Grenzen und den von Literatur und Judikatur gezogenen engsten hin und herschwanken kann, daß sich also feste Rechtssätze dafür, wann das Handelsgeschäft im Sinne der §§ 22, 23 HGB. als übergegangen gelten kann, nicht aufstellen lassen und daß es deshalb, wenn dieser rechtswirksame Übergang des Geschäfts in Frage steht, Sache der gerichtlichen Rechtsfindung sein muß, ob das Recht, die Firma des erworbenen Geschäfts zu führen, tatsächlich erworben wurde.

§ 33.

Die Fortführung des Geschäfts durch den Erwerber. Die Kontinuität des Geschäftsbetriebs.

Es ist oben (Umfang der Übertragung) ausgeführt worden, daß der Veräußerer das Handelsgeschäft auf den Erwerber in einem derartigen Umfang übertragen müsse, daß er das übernommene Handelsgeschäft in der bisherigen Art fortzuführen in der Lage sei, dass er die sogenannte Kontinuität des Geschäftsbetriebs wahren könne. Es fragt sich nun weiter, ob die Vorschriften des § 22 HGB. als weitere Voraussetzung des Überganges des Firmenrechts die unerläßliche Vorbedingung bilden, daß das bestehende Handelsgeschäft auch fortgeführt werde. Der Wortlaut spricht für das Bestehen einer derartigen Voraussetzung; denn der Gesetzestext knüpft zweifellos an ein „bestehendes“ Handelsgeschäft und an ein Fortführen dieses „bestehenden Handelsgeschäftes“ an und nicht etwa an die Fortführung der Firma.

Dafür spricht weiter die klare Bestimmung des § 23 HGB., wonach die Firma nur mit dem Handelsgeschäft, für welches sie geführt wird, übergehen kann. Es würde zweifellos gegen letztere Vorschrift verstoßen bzw. eine Umgehung derselben bedeuten, wenn man gestatten wollte, daß jemand ein Handelsgeschäft mit Firma erwirbt und nach dem Erwerb das übernommene Handelsgeschäft einstellt und eine ganz andere Art von Geschäft anfangen wollte. Das würde denselben Erfolg herbeiführen, als wenn er nur die gewünschte Firma ohne das Handelsgeschäft erworben hätte, was aber gesetzlich verboten ist. Wollte man eine derartige Umgehung dulden, so wäre damit dem verpönten „Handel mit Firmen" Tür und Tor geöffnet. Man ist sich denn auch in der Literatur über die Unzulässigkeit eines derartigen Verfahrens absolut einig (Staub § 22 Anm. 10; Düringer-Hachenburg § 22 II 3; Goldmann § 22 S. 94; Lehmann-Ring § 22 Nr. 8; Makower § 22 III; Förtsch Art. 24 Anm. 1; Ritter, Vorträge S. 60; Olshausen 64; Kohler 127). Auch die Stellungnahme der Judikatur, insbesondere des Reichsgerichts ist eine klar und deutlich abweisende (RG. 1, 261; 9, 104; 46, 151; RG. in Hallstein II, 203; JW. 02, 186; ZBlFG. 2, 894; KG. im Recht 05, 48; OLG. Dresden in Z. 37, 351). Insbesondere hat das Reichsgericht in seiner Entscheidung in Bd. 1, 161 den Satz aufgestellt: „Die Fortführung des bestehenden Handelsgeschäfts ist unerläßliche Bedingung sowohl des Erwerbs wie des Behaltens der Firma, als sonst durch eine dem Erwerbe früher oder später nachfolgende völlige Umwandlung des Geschäfts das Gesetz umgangen und für ein neubegründetes Geschäft eine alte (unwahre) Firma geführt werden könnte".

Sehr bestritten und in ihrem Ende auch durch die Rechtsprechung noch nicht entschieden ist aber die weitere Frage, ob der Erwerber den Betrieb des Geschäftes erweitern oder beschränken, ob er neue Artikel und Branchen aufnehmen und sonstige Änderungen an Art und Umfang des übernommenen Geschäftes vornehmen darf, und weiter — und

das ist am bestrittensten — ob er eine vollständige Umwandlung der Branche und der Betriebsart des übernommenen Geschäfts herbeiführen darf.

Über den ersten Teil obiger Frage herrscht in Doktrin und Judikatur ebenfalls volle Einigkeit. Man erkennt an, daß der Erwerber das übernommene Geschäft vergrößern und verkleinern, daß er auch neue Artikel einführen und solche, die die alte Firma führte, abschaffen darf (vgl. die oben zitierte Literatur und Judikatur). Zur Bedingung machen alle, dass nur die Grundlage des Geschäfts im wesentlichen dieselbe bleiben müsse wie bei dem alten, übernommenen Geschäft, daß — wie sich das Reichsgericht mehrfach ausdrückt — die Kontinuität des Geschäfts gewahrt werden muß. Kohler in seinem Markenschutz S. 127 nimmt folgendermaßen zu der Frage Stellung und seinen Ausführungen muß durchaus beigepflichtet werden: „Der juristische Gedanke in Art. 22, 23 HGB. ist, daß die Firma zum Geschäft gehört und nur in Verbindung mit dem dazugehörigen Geschäft in zweiter Hand fortbestehen kann. Damit ist natürlich nicht gesagt, daß der Erwerber nicht das Geschäft erweitern, es in neue Bahnen lenken, neue Branchen dazunehmen, alte in Abgang kommen lassen kann". Wesentlich ist nur, daß die geschäftliche Kontinuität bestehen bleibt; denn das Geschäft ist ein wirtschaftlicher Organismus, der seine Entwicklungsstadien hat, seine organischen Metamorphosen durchmacht und doch dabei seine Einheit wahrt.

Die Kontinuität kann allerdings im einzelnen Falle Schwierigkeiten machen; allein es sind das keine anderen Schwierigkeiten als solche, die sich stets aus der Übertragung des Geschäfts ergeben. Der Begriff des Geschäfts ist ein wirtschaftlicher und die Identität des Geschäfts ist nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu beurteilen: nicht die Identität der Forderungen und Schulden, nicht die Identität des Mobiliar- und Immobiliareigentums ist maßgebend, sondern der ununterbrochene Fortgang der wirtschaftlichen Geschäftsoperationen, der Anschluß an die seitherigen Geschäftsbe-

ziehungen, die Anknüpfung an die seitherigen Zwecke und Ziele des kaufmännischen Betriebes".

Auch hier der Begriff „der Kontinuität des Geschäftsbetriebes" als ausschlaggebender Faktor wie bei folgenden Reichsgerichtsentscheidungen, deren relevanter Inhalt wegen der späteren Erörterungen hier mitgeteilt sei:

Der hier wesentliche Inhalt der Entscheidung in Bd. 1 ist bereits oben zitiert; von Interesse ist noch der Satz: „Das Geschäft, für welches die Firma bisher geführt wurde, muß im wesentlichen als dasselbe fortbestehen". (RG. in Holdheim 11, 203; JW. 02, 186; ZBlFG. 2, 894).

„Voraussetzung des Übergangs des Firmenrechts ist die Fortführung des Geschäfts. Der Erwerber darf also nicht etwa das Geschäft aufgeben und für ein neues Geschäft die Firma annehmen bzw. fortführen (RG. 1, 261; 46, 151). Daraus folgt aber nicht, daß der Betrieb des Geschäfts unverändert bleiben muß; vielmehr ist Ausdehnung und Einschränkung des Betriebs gestattet, falls nur die Grundlagen des Geschäfts im wesentlichen dieselben bleiben, oder — wie man sich auszudrücken pflegt — „die Kontinuität des Unternehmens gewahrt wird" (Bolze 3 Nr. 234; 6 Nr. 169; 8 Nr. 161; RG. 46, 152 und in JW. 00, 651; Recht 00, 467; Jahrb. II, 2 S. 27).

Hier ist weiter entschieden, daß, wenn der Erwerber eines Geschäfts nur den Umfang des Geschäfts vergrößert oder es auf andere Gegenstände erstreckt, ja sogar wenn er es allmählich wesentlich umgestaltet, unter der Voraussetzung, daß die Kontinuität des Betriebes gewahrt bleibt, die Bedingungen für die Zulässigkeit der ferneren Führung der Firma als fortbestehend anerkannt werden müssen (ROHG. 2, 46 und 49; RG. 9, 104; 25, 1).

Also darüber herrscht allgemeine Einigkeit: Das übernommene Handelsgeschäft darf umgestaltet, erweitert oder verkleinert werden, wenn nur die Kontinuität gewahrt bleibt. Aber darüber streitet man desto eifriger: wie weit darf die Umgestaltung gehen; wie lange ist die Kontinuität gewahrt; darf allmählich die Branche gänzlich geändert werden?

Makower § 22 III sagt: „Aber auch eine vollständige Umwandlung des Handelszweiges oder des Betriebes des Unternehmens, wenn sie nur allmählich und ohne vollständige vorherige Abwicklung des vorherigen Unternehmens erfolgt, bewirkt nicht den Untergang des Firmenrechts; denn während im Augenblick des Erwerbes die abgeleitete Firma wirtschaftlich nur ein Unternehmen bezeichnet, tritt sie und ihr Wert allmählich auch wieder in Beziehungen zur Person des neuen Inhabers und kann dann, ohne daß darin eine Täuschung des Publikums liegt, einen allmählichen Wechsel im Gegenstand des Unternehmens überdauern". Staub § 22 Anm. 10 hat sich dieser Ansicht angeschlossen, „wenn die Kontinuität nicht unterbrochen ist". Ebenso teilt Cosack S. 64 die Ansicht und auch Olshausen S. 64 scheint zu demselben Schluß zu kommen.

Dieser Meinung strikte entgegen steht Düringer-Hachenburg § 22 II 3: „Die Ansicht Makowers kann nicht gebilligt werden. Es handelt sich dabei nicht lediglich darum, Täuschungen des Publikums zu vermeiden, sondern der frühere Inhaber der Firma oder seine Erben haben ein Recht darauf, daß die Firma, in deren Fortführung sie eingewilligt haben, nur für das geschäftliche Unternehmen gebraucht werde, für welches sie begründet und von ihnen übertragen wurde; denn nur dazu haben sie ihre Zustimmung erteilt. Wer eine unter seinem Namen geführte Pianofortefabrik mit der Firma veräußert, braucht sich nicht gefallen zu lassen, daß der Erwerber allmählich daraus eine Drehorgelfabrik macht. Die nachträgliche Einwilligung des Veräußerers oder seiner Erben in die Änderung der Branche ist nur soweit als zulässig zu erachten, als sie nicht zum Zwecke der Umgehung der Vorschrift des § 23 schon von vornherein vorgesehen war". Goldmann § 22 S. 94 und Lehmann § 22 Nr. 8 wollen ebenfalls von einer, wenn auch allmählichen totalen Änderung des Gegenstandes des Unternehmens nichts wissen und machen zur Bedingung jeder Änderung, „daß im ganzen der Charakter des Geschäfts derselbe

bleiben muß"; also mit anderen Worten; die Wahrung der Kontinuität im Sinne des Reichsgerichts. Dem Reichsgericht scheint ein Fall, in dem allmählich eine vollständige Änderung des Charakters des Gegenstandes eines Unternehmens herbeigeführt worden ist, noch nicht zur Entscheidung vorgelegen zu haben; denn die Entscheidung in Bd. 1, 261 trifft diesen Tatbestand nicht. Man ist deshalb bei Fesstellung der Ansicht des Reichsgerichtes auf die oben wiedergegebenen Entscheidungen angewiesen.

Es kann nun einem Zweifel nicht unterliegen, daß das Ergebnis, zu dem Makower und Staub gelangen, am meisten dem wirtschaftlichen Bedürfnisse entspricht. Erinnert man sich der oben zitierten Worte Kohlers, daß der Begriff des Geschäfts ein rein wirtschaftlicher ist, daß die Identität des Geschäfts nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten und nicht nach Äußerlichkeiten zu beurteilen ist, so wird man sagen müssen, daß es häufig eine wirtschaftliche Notwendigkeit ist, daß der Gegenstand eines Unternehmers gänzlich geändert wird. Man denke an Änderungen des Zolltarifs, an neue Erfindungen, die eine völlig neue Betriebsmethode notwendig machen oder einen Artikel ganz aus der Welt verschwinden lassen. Man wird nicht bestreiten können, daß es eine große Härte wäre, wenn der Unternehmer, der durch derartige gänzlich unvorhergesehene Vorgänge zu einer Änderung seiner Geschäftsbranche gezwungen würde, nunmehr seine alte, gut eingeführte und vielleicht mit schwerem Geld bezahlte Firma sollte aufgeben müssen. Man darf auch fragen, ob dies Resultat mit dem mehrfach erwähnten Gesetzesmotiv der Erhaltung alter, berühmter Firmen und dem Ausspruch des Reichsgerichts in Bd. 1, 261 in Einklang gebracht werden kann, daß nämlich die Ausnahmebefugnis des § 22 HGB. nur im Interesse des Handelsstandes gegeben sei. Nichtsdestoweniger wird man zugeben müssen, daß die Ansichten Staubs und Makowers nicht ganz mit dem Wortlaut der gesetzlichen Vorschriften übereinstimmen. Der § 22 HGB. spricht von der Fortführung eines bestehenden Handels-

geschäfts und der Einwilligung zur Fortführung der Firma eines solchen Geschäfts. Man muß dem Reichsgericht recht geben, wenn es sagt, daß Gesetz und Motive darauf hinweisen, daß man mit Gestattung der Fortführung der alten Firma durch einen neuen Geschäftsinhaber vorzugsweise das Handelsgeschäft in Betracht gezogen hat, für welches dieselbe seither geführt worden ist, dessen Kredit und Kundschaft gesichert werden sollte und für welches allein die kaufmännische Anschauung vom Ehrenpunkt Berücksichtigung beanspruchen konnte. Das Reichsgericht will denn auch, soviel aus seinen Entscheidungen zu ersehen ist, eine vollständige Brancheänderung als zulässig nicht anerkennen; denn seine Einschränkung, „wenn die Kontinuität nicht unterbrochen ist", ist doch wohl nur dahin zu verstehen, daß die alten Grundlagen des Geschäfts im wesentlichen aufrecht erhalten werden müssen, daß man an dem geänderten Geschäft immer noch erkennen kann, daß es das alte Geschäft ist, dessen abgeleitete Firma das neugeartete Geschäft jetzt führt. Staub macht ja allerdings auch die Einschränkung „und die Kontinuität nicht unterbrochen ist". Er versteht darunter aber offenbar etwas ganz andres als das Reichsgericht. Er will zur Bedingung machen, daß der Geschäftsbetrieb mit seinem Anfang in der Branche der alten Firma perpetuell, ohne daß es zu einer Unterbrechung des sich nach Lage der Dinge und der wirtschaftlichen Notwendigkeiten immer weiter entwickelten Geschäfte, ohne daß es zu einer definitiven, nach außen erkennbar hervortretenden Einstellung der alten Geschäftsbranche oder etwa gar einer Liquidation der mit dieser verknüpften Beziehungen gekommen wäre, fortbestanden und sich fortentwickelt hat, so daß schließlich der Effekt ein seiner Art und seinem Umfang nach ganz anders beschaffenes Handelsgeschäft ist. Unrecht hat Staub, wenn er meint seine Ansicht auf die Ausführung in RG. 46 S. 152 stützen zu können, da dieses „eine wesentliche Umgestaltung" zulasse. Denn die alte Beschränkung, daß die Kontinuität des Betriebes gewahrt bleibe, wird auch da aufgestellt, und, weil eine nähere

Ausführung hierzu nicht gemacht wird, muß man annehmen, daß darunter die Kontinuität der Entscheidung in Bd. 1 S. 261 und vor allem in Holdheim 11, 203 verstanden ist, die auf die Erhaltung der alten Grundlagen des Geschäfts „im wesentlichen“ hinausläuft. Düringer-Hachenburg, die auf anderem Wege zu demselben Ergebnis wie das Reichsgericht kommen, dürfen auf Billigung ihrer Begründung wohl nicht rechnen; denn nicht darauf kann es hier ankommen, ob der Veräußerer nach dem mit dem Erwerber abgeschlossenen Vertrag einen zivilrechtlichen Anspruch darauf hat, daß der Erwerber die erworbene Firma nur für das übernommene oder doch nur unter Aufrechterhaltung der Kontinuität im Sinne des Reichsgerichts geänderte Geschäft führe. Maßgebend kann in der gedachten Richtung allein sein, ob die Gesetzesvorschrift als solche eine vollständige Abänderung der Branche zulasse. Bei dem unbefriedigenden Ergebnis, das die Meinung von Düringer-Hachenburg und ebenso in vielen Fällen die mit dem Gesetz vielleicht zu begründende Argumentation des Reichsgerichts und der Kommentatoren Goldmann und Lehmann-Ring für das praktische Leben gezeitigt hat, und bei der immerhin nicht ganz klar hervortretenden und auch nur im Wege der Interpretation festzustellenden ratio legis darf wohl angenommen werden, daß allgemein gültige Rechtsgrundsätze sich hier überhaupt nicht aufstellen lassen, daß vielmehr von Fall zu Fall entschieden werden muß. Der Veräußerer einer Firma hat es ja stets in der Hand durch den Vertragsinhalt festzulegen, daß eine vollständige Brancheänderung gar nicht oder nur unter bestimmten Kautelen vorgenommen werden darf und daß, wenn sie trotzdem vorgenommen werden sollte, das Recht zur Firmenführung für den geänderten Geschäftsbetrieb erlischt. Werden derartige Bestimmungen nicht stipuliert, so wird es meist ein Leichtes sein, unter Zuhülfenahme der §§ 157, 242 BGB. die Lücke im Parteiwillen und Gesetz auszufüllen. Die hier gegebenen „Auslegungsregeln“ sollen auch feststellen, was die Parteien verboten hätten, wenn ihnen die Konsequenzen ihrer Ab-

machungen klar vor Augen gestanden wären. Sie sollen dasselbe für die aus dem Gesetz fließenden Verbindlichkeiten tun. In beiden Fällen soll das Resultat dem entsprechen, was Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte fordern. Die Ausnahme von der Regel, an die weder Partei noch Gesetz dachten oder denken konnten, soll im einzelnen Fall „ausgelegt" oder richtig hineingelegt werden (vgl. Hachenburg, Vorträge 2. Aufl. S. 25 ff.: Die Bedeutung von Treu und Glauben). Es darf wohl behauptet werden, daß die gesetzliche Vorschrift des § 22 HGB. in ihren hier relevanten, äußersten Konsequenzen nicht ganz klar ist, daß man deshalb mit Rücksicht auf die in Betracht kommenden Wirtschaftsinteressen nicht am Worte „hängen", sondern den Weg wählen sollte, der allein im Interesse aller Beteiligten liegt. Ein Leichtes wird es dabei sein, alle diejenigen von der Fortführung einer abgeleiteten Firma im Interesse des Publikums auszuschließen, die versuchen, unter Benutzung des § 22 HGB. den verbietenden Tatbestand des § 23 HGB. in doloser Absicht illusorisch zu machen.

§ 34.

Der Übergang des Handelsgeschäfts auf Grund Nießbrauchs, Pachtvertrags etc.

Wie bereits hervorgehoben (vgl. Erwerbsakt) unterscheidet das Gesetz einen Erwerb eines Handelsgeschäfts auf die Dauer und zu Eigentum und Eigenbesitz und einen solchen auf Zeit und zu Fremdbesitz im Sinne des § 868 BGB. Mit dem Erwerb auf Zeit beschäftigt sich der Abs. 2 des § 22 HGB. und versteht darunter die Übernahme eines Handelsgeschäfts auf Grund eines Nießbrauchs, eines Pachtvertrags oder eines ähnlichen Verhältnisses und erklärt die Bestimmungen des Abs. 1 für anwendbar. Die Denkschrift S. 36 (Hahn S. 218) bemerkt hierzu das Folgende:

„Im § 21 sind ferner noch besondere Vorschriften darüber getroffen, wie sich die Firmenführung gestaltet, wenn

ein Geschäft auf Grund eines Nießbrauchs, eines Pachtvertrags oder eines ähnlichen Verhältnisses, insbesondere des ehelichen Güterrechts übernommen wird. Nach geltendem Rechte ist dies nicht unzweifelhaft. Die Parteien können jedenfalls vereinbaren, daß nach außen der bisherige Geschäftsherr Inhaber der Firma bleibt und unter dieser allein berechtigt und verpflichtet wird; aber damit ist dem Bedürfnisse des Verkehrs nicht genügt, vielmehr muß der Gewerbetreibende, welcher ein Geschäft in der angegebenen Weise übernimmt, befugt sein, die alte Firma als seine eigene Firma in derselben Weise fortzuführen, wie der sonstige Erwerber eines Geschäfts. Dies erkennt der Schlußabsatz des § 21 an. Führt auf Grund dieser Vorschrift ein Pächter die alte Firma fort, so ist er in das Handelsregister als ihr Inhaber einzutragen".

In dem ersten von der Denkschrift behandelten Fall wird das Firmenrecht nicht tangiert; er scheidet deshalb hier aus. In dem zweiten Fall hingegen wird dem Pächter, dem Nießbraucher oder aber dem sonst Berechtigten das Recht eingeräumt, die Firma des übernommenen Handelsgeschäfts fortzuführen, falls die in Abs. 1 des § 21 HGB. vorgesehenen Voraussetzungen erfüllt sind. Es handelt sich hier nicht um eine Übertragung zu Eigentum, sondern um zeitweise Überlassung eines temporären Gebrauchsrechts an dem Handelsgeschäft; das Recht zur Fortführung der Firma bildet einen Teil dieses Rechts. Unterschieden wird zunächst Pachtvertrag und Nießbrauchsrecht. Was ersteren angeht (vgl. Busch 13, 171; ROHG. 21, 305), so wird ein solcher am häufigsten bei Hotels, Restaurants vorkommen. Der Pächter bedarf auch hier vor allem die Einwilligung des Verpächters, des Geschäftsherrn oder seiner Erben und haben auf ihn natürlich alle die anderweit behandelten Vorschriften über den Erwerb eines Handelsgeschäfts unter Lebenden oder von Todes wegen Anwendung zu finden. Zu bemerken wäre nur bezüglich der Form des Vertrages, daß dieser gemäß §§ 566, 581 Abs. 2 BGB. der Schriftlichkeit bedarf, falls er auf länger als ein

Jahr abgeschlossen wird. Ist der Pächter im Besitz des Einverständnisses des oder der Geschäftsherrn, so darf er das Handelsgeschäft mit der Firma wie ein eignes mit oder ohne Nachfolgezusatz führen. Er darf aber nicht den Namen desjenigen, der vor ihm Pächter war (Degenhardts Nachfolger) beifügen (OLGR. 10, 228).

Bei dem Nießbrauch an einem Handelsgeschäft kann es sich um einen vertragsweise unter Lebenden bestellten oder einen solchen von Todes wegen (Vermächtnis) gewährten handeln. Der Vertrag über Bestellung eines Nießbrauchs ist formlos, es sei denn, es handle sich um die Bestellung eines solchen an dem Handelsgeschäft einer juristischen Person, in welchem Falle § 311 BGB., oder z. B. um ein Schenkungsversprechen, dessen Gegenstand ein Handelsgeschäft ist, in welchem Falle § 518 BGB. einzugreifen hätte (Dernburg, BGB. § 184 Anm. 1). Der bei weitem häufigere Fall wird die Anwendung eines Nießbrauchsrechts an einem Handelsgeschäft durch Legat sein, wenn z. B. der Ehemann seine Kinder zu Erben einsetzt und seiner Ehefrau den lebenslänglichen Nießbrauch vermacht. Ist in einem solchen Falle das Handelsgeschäft mit Firma Gegenstand des Vermächtnisses, so wird auch hier die Zustimmung der Erben notwendig sein, da der Vermächtnisnehmer nur einen obligatorischen Anspruch gegen die Erben auf Bestellung des Nießbrauchs und Bewilligung der Fortführung der Firma erwirbt. Wenn der Testator deshalb ganz sicher gehen will, daß der Vermächtnisnehmer Geschäft und Firmenrecht auch wirklich erhält, und die Erben darüber nicht etwa anderweit verfügen, ehe der Nießbrauch bestellt ist, empfiehlt es sich, den Vermächtnisnehmer zugleich zum Testamentsvollstrecker einzusetzen oder überhaupt eine Testamentsvollstreckung anzuordnen (vgl. Strauß, Nießbrauch an einem Vermögen; Inaug.-Diss. Erlangen 1902). Ist die Firma nicht mitvermacht, so ist natürlich die Zustimmung aller Erben erforderlich. Nach Beendigung des Pachtvertrags oder des Nießbrauchs fällt das Firmenrecht mit dem Geschäft an die Geschäftsherrn

zurück. Der Geschäftsherr erwirbt hier kein neues Firmenrecht gemäß § 22 Abs. 1 HGB., sondern das alte wird ihm zurückgewährt (Staub § 22 Anm. 18; Makower § 22 IV; Düringer-Hachenburg § 22 IV; Goldmann § 22 S. 96 Anm. 3). Er kann also die Firma sofort von Beendigung des seither entgegengestandenen Rechtsverhältnisses an wieder benutzen, selbst wenn er noch nicht in den Besitz des dazu gehörigen Geschäfts gekommen sein sollte. Der § 23 HGB. kann hier keine Anwendung finden; denn er behandelt nur die Veräußerung eines Geschäfts mit Firma. Hier handelt es sich aber nicht um eine Veräußerung, sondern um Rückfall eines Rechts, dessen Inhaber der Geschäftsherr immer war, während allerdings seine tatsächliche Verfügungsgewalt durch den Pachtvertrag bzw. das Nutznießungsrecht beschränkt und hinsichtlich der Firmenführung suspendiert war. Das Reichsgericht hat allerdings die Frage, ob in der Rücknahme eines verpachteten Geschäfts durch den Verpächter in eigne Rechnung der Erwerb eines Handelsgeschäfts zu erblicken sei, bejaht (DJZ. 06, 86; ZBlFG. 6, 72; Jahrb. 07 S. 642 zu § 25). Benutzt der Pächter oder Nießbraucher die Firma über den Zeitpunkt der Beendigung des Rechtsverhältnisses hinaus, so wird der Gebrauch ein unbefugter im Sinne des § 37 HGB. und der Benutzer setzt sich den dort angedrohten Rechtsfolgen aus. Mit Rücksicht auf den dem Firmenrechte immanenten Wert dürfte es sich für die Geschäftsherrn immer empfehlen, den Fremdbesitzern die Fortführung der Firma zu gestatten; denn sonst erlischt die Firma und eine Wiederannahme wäre für den Geschäftsherrn nur möglich, wenn die Firma eine wahre im Sinne des § 18 HGB. ist. War die Firma eine abgeleitete, so ist sie für immer erloschen (Jacusiel 73). Übrigens bedarf der Geschäftsherr, um sich wieder als Inhaber im Handelsregister eintragen zu lassen, der Einwilligung des Fremdbesitzers. Wird diese verweigert, so muß ein entsprechendes Urteil vorgelegt werden. In analoger Anwendung der vom Reichsgericht in Bd. 65 S. 14 aufgestellten Rechtsgrundsätze wird man übrigens annehmen

müssen, daß der Pächter bzw. Nießbraucher nach Eintritt der Beendigung des Rechtsverhältnisses, auf Grund dessen sie die Firma führten, nicht mehr in der Lage sind, über die Firma dadurch zu verfügen, daß sie dieselbe löschen lassen oder doch falls die Löschung auf ihren Antrag vollzogen wird, dies einen Untergang des Firmenrechts des Eigentümers des Handelsgeschäfts nicht nach sich zieht. Unbedingt wird dies zu gelten haben, wenn es sich um ein Handelsgeschäft im Sinne des § 1 Abs. 1 HGB. handelt. Doch wird dieser Grundsatz auch für Handelsgeschäfte aus § 2 und § 3 Abs. 2 HGB. gelten; denn die Firma ist mit Beendigung jenes Rechtsverhältnisses für den Fremdbesitzer eine „fremde“ geworden, über die er nicht mehr zu verfügen berechtigt ist.

Das Gesetz spricht nun noch von „ähnlichen Verhältnissen“ und die Denkschrift (36) hebt die Übernahme eines Handelsgeschäfts auf Grund der Bestimmungen des ehelichen Güterrechts hervor. Sie hat dabei wohl in erster Linie das Nutznießungs- und Verwaltungsrecht des Ehemannes bei der Verwaltungsgemeinschaft im Auge gehabt. Es ist hier zu untersuchen, ob der Ehemann tatsächlich auf Grund der ihm durch dies eheliche Güterrecht eingeräumten Befugnisse berechtigt werden kann, die Firma eines seiner Ehefrau eigentümlichen Handelsgeschäftes — natürlich mit diesem — zu führen. Der Nießbrauch wird, wie oben ausgeführt, begründet durch Vertrag oder durch Verfügung von Todes wegen, während die Nutznießung des Bürgerlichen Gesetzbuches ein Appendix gewisser familienrechtlicher Institutionen ist, wie die ehemännliche und elterliche Nutznießung. Nur das Güterrecht der Verwaltungsgemeinschaft statuiert in § 1363 BGB. das Recht des Ehemanns auf Nutznießung und Verwaltung an dem Vermögen der Ehefrau. § 1365 BGB. schließt diese Rechte hinsichtlich des Vorbehaltsguts der Ehefrau aus. Was Vorbehaltsgut ist, bestimmen die §§ 1366 bis 1370 BGB. Diese Bestimmungen auf ein etwa vorhandenes oder während der Ehe gegründetes Handelsgeschäft

angewendet ergeben, daß das Handelsgeschäft Vorbehaltsgut und damit der Verwaltung und Nutznießung des Ehemannes entzogen ist in folgenden Fällen:

1. das in die Ehe eingebrachte, aber durch Ehevertrag zu Vorbehaltsgut erklärte Handelsgeschäft (§ 1368 BGB.);

2. das von Todes wegen oder unter Lebenden von einem Dritten unentgeltlich erworbene Handelsgeschäft, wenn es der Erblasser durch letztwillige Verfügung oder der Dritte bei der Zuwendung zu Vorbehaltsgut erklärt hat (§ 1369 BGB.);

3. das von der Ehefrau während bestehender Ehe mit Mitteln des Vorbehaltsgut erworbene und geführte Handelsgeschäft.

Bei diesen drei Arten von Handelsgesellschäften kann also mit Rücksicht auf die hier allein in Betracht kommende, aber bei ihnen ausgeschlossene Nutznießung des Ehemanns keine Rede von der Anwendung des § 22 Abs. 2 HGB. sein.

Es bleiben übrig:

1. das in die Ehe eingebrachte Handelsgeschäft, das vertraglich nicht zum Vorbehaltsgut erklärt ist;

2. das gemäß § 1369 BGB. erworbene Handelsgeschäft, das durch den Erblasser oder den Dritten nicht zu Vorbehaltsgut erklärt ist und mit Mitteln des eingebrachten Guts betrieben wird;

3. das während bestehender Ehe mit Mitteln des eingebrachten Guts begründete und betriebene Handelsgeschäft.

Diese drei Arten von Handelsgechäften gelten als eingebrachtes Gut der Ehefrau. Der § 1367 BGB. bestimmt nun aber weiter, daß, was die Ehefrau durch den selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts erwirbt, ebenfalls Vorbehaltsgut wird. Damit ist aber das Nutznießungsrecht des Ehemanns an dem von seiner Ehefrau selbständig, d. h. auf ihren Namen betriebenen Handelsgeschäfts ausgeschlossen und es verbleibt ihm lediglich das Verwaltungsrecht. Dies erstreckt sich aber nicht etwa auf das Handelsgeschäft als solches, auf diesen Inbegriff von Sachen und Rechten, diese

universitas juris, sondern nur auf die einzelnen Sachen, die einzelnen Rechte. Damit wäre schon die Annahme der Denkschrift, daß die ehemännliche Nutznießung ein „ähnliches Verhältnis“ im Sinne des § 22 Abs. 2 HGB. schaffe, als unzutreffend nachgewiesen; denn eine Nutznießung des Ehemanns am Handelsgeschäft der Ehefrau gibt es überhaupt nicht. Zu beachten bleibt aber weiter, daß der § 1375 BGB. auch das Verwaltungsrecht des Ehemannes, das ja an dem Substrat des von der Ehefrau betriebenen Handelsgeschäfts besteht, dahin ausdrücklich einschränkt, daß der Ehemann die Ehefrau durch Verträge nicht verpflichten und daß er über eingebrachtes Gut ohne ihre Zustimmung nicht verfügen kann. Wollte der Ehemann die Ehefrau als Inhaberin des Handelsgeschäfts löschen lassen, so darf er dies nicht und der Registerrichter wird ohne Vollmacht den diesbezüglichen Antrag zurückweisen; denn er würde über eingebrachtes Gut ohne Einwilligung der Ehefrau verfügen. Ebensowenig kann aber der Ehemann das Handelsgeschäft im Namen der Ehefrau eigenmächtig betreiben; denn er kann seine Ehefrau kraft seines Verwaltungsrechts nicht verpflichten. Es bleiben nur zwei Wege. Entweder erteilt die Ehefrau ihrem Ehemann Handlungsvollmacht und er betreibt so das Handelsgeschäft auf den Namen seiner Frau. Dann handelt er aber eben nur als Bevollmächtigter und nicht als Nießbraucher. Das Firmenrecht bleibt bei der Ehefrau. Oder die Ehefrau läßt sich als Inhaberin löschen und überträgt Handelsgeschäft mit Firma auf den Ehemann. Dann betreibt der Ehemann ein selbständiges Handelsgeschäft, dessen Firma er aber nicht auf Grund des § 22 Abs. 2 HGB., sondern auf Grund des Abs. 1 erworben hat. Dasselbe gilt, wenn der Ehemann das ihm zweiffellos an den einzelnen Gegenständen und Rechten des eingebrachten Gutes zustehende Verwaltungsrecht benutzen wollte, um sie zu Bestandteilen eines von ihm betriebenen Handelsgeschäfts zu machen. Aber auch hierin liegt keine Betätigung seines Nutzungsrechtes, sondern lediglich die Begründung eines eigenen Handelsgeschäfts, das ihn

allein berechtigt und verpflichtet und der Ehefrau einen Ersatzanspruch auf den Wert der verwendeten Teile des eingebrachten Gutes gewährt. Also das durch das eheliche Güterrecht geschaffene Verhältnis ist nicht ein „ähnliches Verhältnis“ im Sinne des § 22 Abs. 2 HGB. Zu demselben Resultat gelangen Staub § 22 Anm. 19; Einleitung § 46 ff.; Düringer-Hachenburg § 22 IV; Lehmann-Ring § 1 Nr. 29; Jacusiel, Nutzungsrechte. Anderer Ansicht, aber sicher unrichtig, Planck § 1376 Nr. 8, Staudinger § 1376 Nr. 7, nach dem der Ehemann auch ohne Zustimmung der Ehefrau das Wahlrecht haben soll, ob er auch gegen den Willen der Ehefrau das zum eingebrachten Gut gehörige Handelsgeschäft im eigenen Namen oder im Namen der Ehefrau betreiben will; denn ein Rechtstitel für ein derartiges Recht des Ehemannes ist nirgends begründet. Ähnlich und ebenso unrichtig Ullmann, Das gesetzliche eheliche Güterrecht in Deutschland S. 99 und Zschimmer in Z. 52, 495.

Auch das Reichsgericht hat nunmehr zu der Frage Stellung genommen und ist, wenn auch mit einer anderen Begründung zu demselben Resultat gekommen. Es sagt: „Aus § 22 ergibt sich, daß ein Handelsgeschäft in gewisser Weise Gegenstand eines Nießbrauches sein kann. Allein die durch letztere Bestimmung in Verbindung mit § 25 eröffnete Möglichkeit, ein Handelsgeschäft einem anderen zum Nießbrauch zu überlassen, setzt eine gütliche Vereinbarung voraus. Der Ehemann kann nicht, gestützt auf sein ehemännliches Verwaltungs- und Nutznießungsrecht, den Anspruch erheben, daß ihm die Frau das von ihm zur Zeit der Eheschließung selbständig betriebene Handelsgeschäft zur Fortführung zu eigenem Nutzen überlasse; (RG. 59, 15; JW. 05, 22; ZBlFG. 5, 487; OLG. Dresden in OLGR. 9, 149; vgl. Wieruszowski, Handbuch des Eherechts 2, 292; Jacusiel S. 90; Hörle, Stellung der Ehefrau im Betrieb eines Erwerbsgeschäftes S. 98; Kiefe, Württ. Z. f. Rpfl. u. Verw. 1908, 213).

In dieser Entscheidung werden insbesondere die Ansichten Ullmanns und Zschimmers für unzutreffend erklärt.

Im Anschluß an die Denkschrift teilt deren Standpunkt unrichtigerweise auch Goldmann § 22 S. 96 Anm. 3.

Eine weitere Frage ist die, ob die elterliche Nutznießung am Kindesvermögen ein „ähnliches Verhältnis“ im Sinne des § 22 Abs. 2 HGB. ist. Auch das ist zu verneinen. Das bürgerliche Gesetzbuch unterscheidet das der Nutznießung des Gewalthabers unterliegende unfreie und das der Nutznießung entzogene Kindesvermögen. Freies Kindesvermögen ist gemäß §§ 1650, 2651 BGB.:

1. die zum ausschließlichen Gebrauch des Kindes bestimmten Sachen;

2. was das Kind durch seine Arbeit oder durch den ihm nach § 112 BGB. gestatteten selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts erwirbt;

3. was das Kind von Todes wegen erwirbt oder was ihm unter Lebenden von einem Dritten unentgeltlich zugewendet wird, wenn der Erblasser durch letztwillige Verfügung, der Dritte bei der Zuwendung bestimmt hat, daß das Vermögen der elterlichen Nutznießung entzogen sein soll. Der Nutznießung des Gewalthabers entzogen sind also, falls zum Kindesvermögen ein Handelsgeschäft gehört, die folgenden:

1. das selbständig vom minderjährigen Kinde gemäß § 112 BGB. betriebene Handelsgeschäft;

2. das dem Kind von einem Dritten gemäß § 1651 Nr. 2 BGB. zugewendete Handelsgeschäft;

3. das mit Mitteln des freien Kindesvermögens begründete und betriebene Handelsgeschäft.

Die elterliche Nutznießung besteht also nur an einem solchen Handelsgeschäft des minderjährigen Kindes, das ihm von einem Dritten ohne die Beschränkung des § 1651 Nr. 2 BGB. zugewendet worden ist, also z. B. in dem häufig praktischen Fall, daß der Vater dem minderjährigen Kinde bei seinem Tode ein Handelsgeschäft hinterläßt und die Mutter als Nachfolgerin in der elterlichen Gewalt die Nutznießung an diesem Geschäft hat. Dasselbe gilt, wenn der Vater, was auch sehr häufig vorkommt, auf den Namen seines minderjährigen

Kindes ein Handelsgeschäft betreibt. In diesen Fällen steht dem Vater zweifellos gemäß § 1649 BGB. die Nutznießung an dem Handelsgeschäfte zu, aber von einer Anwendung des § 22 Abs. 2 HGB. kann keine Rede sein, weil das Geschäft auf den Namen des Kindes geführt wird, weil dieses allein berechtigt und verpflichtet wird, weil es sich nicht um die Übernahme des dem Kind eigentümlichen Handelsgeschäfts durch den Vater auf Grund der ihm ja zweifellos zustehenden Nutznießung handelt, sondern um die Erfüllung einer gesetzlichen Pflicht durch den Vater als gesetzlichen Vertreter seines minderjährigen Kindes.

Ein „ähnliches Verhältnis" liegt hingegen vor bei der Verpfändung eines Handelsgeschäfts mit Firma, bei der Antichrese im Sinne der §§ 1213, 1273 BGB. Die Bestimmungen des Pfandrechts geben allerdings keine besondere Vorschrift über die Verpfändung eines Handelsgeschäfts, sondern nur solche über Verpfändung von beweglichen Sachen (§ 1024 BGB.) und von Rechten (§ 1273 HGB.). Das Handelsgeschäft ist nun allerdings keins von beiden, aber doch aus beiden Begriffen zusammengesetzt, ein Inbegriff von Sachen und Rechten. Warum sollte nun eine Verpfändung eines solchen Inbegriffs nicht möglich sein, wenn sie bezüglich seiner beiden Komponenten möglich ist? Ein gesetzliches Verbot besteht nicht. Eine Sache kann verpfändet werden zur Sicherung einer Forderung, so daß der Gläubiger berechtigt ist, Befriedigung aus der Sache zu suchen (§ 1204 BGB.); ein Pfand kann auch bestellt werden in der Weise, daß der Gläubiger für berechtigt erklärt wird, aus den Nutzungen des Pfandes seine Befriedigung zu suchen. An die Stelle einer Sache kann ein Recht treten (§ 1273 BGB.). Ein Recht ist allerdings nur insoweit verpfändbar, als es übertragbar ist. Ist also ein Recht übertragbar, so ist es auch verpfändbar. Nun ist es richtig, daß Rechte, die nur höchst persönliche Befugnisse verleihen, gewöhnlich unübertragbar sind, wie der Name, die Firma ohne Geschäft. Aber auch hier hat das Gesetz anderweit Ausnahmen zugelassen, wie z. B. im Urheberrecht

(vgl. G. vom 19. Juni 1901 § 8 Abs. 3; G. vom 9. Januar 1876 § 2 Satz 2 und § 28 HGB.); und so ist auch das Firmenrecht durch § 22 HGB. unter bestimmten Voraussetzungen ausdrücklich für übertragbar erklärt worden, allerdings nur unter der Voraussetzung, daß zu gleicher Zeit das dazu gehörige Handelsgeschäft übertragen wird. Wie man aber an einem Handelsgeschäft einen Nießbrauch bestellen kann durch Vertrag oder von Todes wegen, so wird man es auch im Sinne des § 1213 BGB. verpfänden können; denn das Resultat bleibt beinahe dasselbe, das Handelsgeschäft wird zurückgegeben, wenn der Nießbrauch beendigt ist oder wenn der Gläubiger durch die Nutzungen befriedigt ist. Muß man also eine Antichrese an einem Handelsgeschäft an sich für möglich halten, so muß auch die gleichzeitige Überlassung des Firmenrechts auf die Dauer der Antichrese möglich sein; denn „soweit" ist die Firma für übertragbar erklärt (Kent Nr. 536 für das alte Recht unter Berufung auf RGSt. 5, 24; RG. 15, 370).

Überläßt also jemand seinem Gläubiger sein Handelsgeschäft, damit er sich aus seinen Erträgnissen befriedige und alsdann Geschäft mit Firma an ihn zurückübertrage, so liegt eine Überlassung der Firma auf Zeit zu Fremdbesitz in dem oben erörterten Sinne vor und es haben die Vorschriften des § 22 Abs. 2 HGB. Anwendung zu finden (vgl. Staub § 22 Anm. 19; Lehmann-Ring § 22 Nr. 5 Anm.; Cohn in Gruchot 42, 49; Olshausen S. 61, 62; insbesondere auch Isay, Das Recht am Unternehmen § 8 S. 140, 199).

§ 35.

Teilweiser Wechsel der Geschäftsinhaberschaft.

Nicht immer handelt es sich bei der Übertragung des Firmenrechts um einen vollständigen Wechsel der Geschäftsinhaber in der Weise, daß der Erwerber allein das Firmenrecht erwirbt, es ist vielmehr auch ein teilweiser Wechsel möglich in der Art, daß das Firmenrecht nur zu einem Teile erworben wird oder daß jemand, der bisher nur zum Teil

an einer Firma berechtigt war, das volle Recht erwirbt. Dies ist dann der Fall, wenn jemand in ein bestehendes Handelsgeschäft als Gesellschafter eintritt, dann erwirbt er mit den übrigen Gesellschaftern das Firmenrecht zur gesamten Hand geteilt, oder wenn jemand aus einem Handelsgeschäft ausscheidet, wobei sich der Fall ereignen kann, daß der seither nur zum Teil Berechtigte der Alleinberechtigte an der Firma wird. Es kann sich hier darum handeln, daß in das Geschäft eines Einzelkaufmanns ein weiterer Kaufmann als Gesellschafter eintritt und das Geschäft nunmehr als offene Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft fortgeführt wird; oder daß in eine bestehende offene Handelsgesellschaft ein weiterer Gesellschafter oder ein Kommanditist oder in eine Kommanditgesellschaft ein weiterer Komplementar oder Kommanditist eintritt; oder schließlich, daß aus einer Gesellschaft ein Gesellschafter ausscheidet, so daß eventuell aus dem Handelsunternehmen das Geschäft eines Einzelkaufmanns wird (Bolze 13 Nr. 120; RG. in JW. 91, 473). Aus den angeführten Beispielen geht hervor, daß es sich bei diesem teilweisen Wechsel der Geschäftsinhaberschaft nur darum handeln kann, daß der bisherige Inhaber eine Gesellschaft war oder daß der zukünftige eine Gesellschaft wird und zwar nur eine Handelsgesellschaft im Sinne des § 19 HGB.; denn nur bei solchen sind die Gesellschafter Geschäftsinhaber. Deshalb kann z. B. ein Aktionär einer Aktiengesellschaft oder ein Komplementar einer Aktienkommanditgesellschaft, dessen Namen sich in der Firma befindet, bei seinem Ausscheiden als Mitglied nicht die Änderung der Firma verlangen (vgl. Lehmann-Ring § 24 Nr. 1; Staub § 24 Einleitung). In allen oben erwähnten Fällen gibt der § 24 HGB. die Möglichkeit, trotz des teilweisen Wechsels der Inhaberschaft und trotz der darin liegenden teilweisen Übertragung des Firmenrechts (KG. in Johow 31 A 152) die seitherige Firma beizubehalten, es sei denn, daß sich in dieser Firma der Name des ausscheidenden Gesellschafters befinde. Ist letzteres nicht der Fall, so kann die Firma unverändert, aber auch mit einem

Nachfolgezusatz versehen, fortgeführt werden. Zwar ist im § 24 HGB., nicht wie im § 22 HGB. diese Möglichkeit der Zufügung eines die Nachfolge andeutenden Zusatzes hervorgehoben, doch herrscht in Literatur und Judikatur darüber Einigkeit, daß ein solcher Zusatz erlaubt ist (Staub § 24 Anm. 4; Goldmann § 24 II S. 99; Makower § 24 1; Allfeld 166; Ritter, Vorträge S. 62; RG. 5, 113; KGJ. 13, 31). Es ist auch nicht einzusehen, warum dies bei der Gleichartigkeit oder doch großen Ähnlichkeit der Tatbestände beider Paragraphen, die beide die Übertragung des Firmenrechts — total oder partiell — im Auge haben, nicht angängig sein sollte, zumal die Zufügung eines Nachfolgezusatzes meist noch dem Prinzip der Firmenwahrheit dient. Der Übergang des Firmenrechts erfolgt aber auch hier nur dann, wenn das Geschäft, zu dem die Firma gehört, tatsächlich fortgeführt wird, da andrerseits eine Umgehung des § 23 HGB. vorliegen würde. Wird also eine offene Handelsgesellschaft vollständig aufgelöst und die Firma gelöscht, so kann nicht etwa ein Gesellschafter für ein von ihm neu gegründetes Geschäft die alte Firma fortführen, selbst wenn seine anderen Gesellschafter ihre Zustimmung dazu erteilen (RG. 30, 148; OLG. Stuttgart in OLGR. 1, 57; vgl. auch RG. 1, 261; KGJ. 14, 245). Erlaubt ist hingegen die Firmenfortführung, wenn der Übernehmer des Geschäfts nur den bisherigen Hauptteil weiterführt, während ein einzelner Geschäftszweig — natürlich ohne Firma — einem anderen Gesellschafter überwiesen wird (Staub § 24 Anm. 2; RG. in Holdheim 14, 213). Die Fortführung der Firma einer offenen Handelsgesellschaft bei dem Ausscheiden eines Gesellschafters ist aber dann zulässig, wenn zwischen den Gesellschaftern vorn vornherein verabredet worden war, daß alsbald nach der Eintragung der Firma ins Handelsregister der Träger des als Firma benutzten Namens wieder auszuscheiden und weder Mittel in das Geschäft einzulegen, noch sich am Geschäftsbetriebe zu beteiligen habe. Die Begründung einer offenen Handelsgesellschaft kann also auch zu dem Zwecke benutzt werden,

um eine Firma zu erlangen, auf die der Kaufmann an sich kein Recht hätte (LG. Mainz in HessRspr. 1, 179; vgl. Kohler S. 15).

Unter Ausscheiden eines Gesellschafters sind hier sowohl die Fälle des § 138 BGB. wie Kündigung, Tod, Konkurseröffnung, als auch der Fall des gerichtlichen Ausschlusses eines Gesellschafters zu verstehen.

Scheidet ein Gesellschafter aus, dessen Name sich nicht in der Firma befindet, so kann die Firma auch gegen dessen Willen fortgeführt werden. Anders liegt die Sache, wenn der Name des Ausscheidenden bzw. Ausgeschlossenen in der Geschäftsfirma enthalten ist. Ist dies der Fall, so kann die Firma nur dann fortgeführt werden, wenn der Ausscheidende bzw. dessen Erben in diese Fortführung ausdrücklich einwilligen. Voraussetzung ist natürlich, daß auch wirklich der Name des Ausscheidenden es ist, der in der Firma enthalten ist, daß es sich nicht etwa um den gleichlautenden Namen eines anderen, vielleicht seines Vaters handelt. Es muß also der Name des Ausscheidenden gerade durch seine Beteiligung an dem Geschäft in die Firma gekommen sein (Bolze 13 Nr. 120; RG. in Gruchot 36, 1154; RG. in Z. 42, 508; OLG. Dresden in SeuffArch. 55, 167 und SächsOLG. 20, 427; übereinstimmend auch die Literatur: Staub § 24 Anm. 3; Lehmann-Ring § 24 Nr. 3; Düringer-Hachenburg § 24 II 4; Goldmann § 24 S. 99; Puchelt-Förtsch Art. 24 Anm. 2). Heißt eine Firma „Gebrüder E . . . .“, so ist der Name jedes einzelnen den Familiennamen E . . . . führenden Bruders in ihr enthalten. Scheidet einer aus, so muß er zustimmen (RG. vom 24. März 1907 in LZ. 07, 34). Die Zustimmung muß auch hier eine ausdrückliche sein, konkludente Handlungen genügen nicht (OLG. Hamburg im HansGerZ. 29, 88). Verweigert ein solcher namensberechtigter, ausscheidender Gesellschafter die Fortführung der Firma, so bleibt nichts andres übrig, als eine neue Firma gemäß §§ 18, 19 HGB. zu wählen. Diese neue Firma darf den Namen des Ausgeschiedenen auch nicht in Form eines Nachfolgezusatzes ent-

halten (RG. 5, 113). Nicht beizutreten ist der Ansicht Staubs § 24 Anm. 3, die auch Allfeld und Keyßner teilen. Staub will im Falle eines solchen Verbots der Firmenfortführung gestatten, daß die verbleibenden Geschäftsinhaber die alte Firma unter Fortlassung des Namens des Ausgeschiedenen beibehalten dürfen. Staub sucht diese Ansicht damit zu begründen, daß das Festhalten am starren Wortlaut des Gesetzes hier weit über die Absicht des Gesetzgebers hinausginge und zur unnützen Zerstörung von Werten führe. Das Gesetz wolle nur das Namensrecht des Ausscheidenden schützen. Dem ist entgegenzuhalten, daß Staub sich hier mit seiner eigenen zu § 22 Anm. 11 entwickelten Ansicht in Widerspruch setzt. Dort hat er die Ansicht vertreten unter Berufung auf RG. in JW. 00, 552, daß der Erwerber nicht einzelne Teile der Firma ausscheiden, daß er abgesehen von den Nachfolgezusätzen keinerlei Änderungen an der Firma vornehmen dürfe, selbst nicht mit Zustimmung des Veräußerers. Es ist nicht einzusehen, warum für den § 24 HGB. andere Prinzipien gelten sollen; denn gerade der Abs. 2 des § 24 liegt dem Tatbestand des § 22 HGB. absolut parallel. Es muß auch hier an dem Grundsatz festgehalten werden, daß die Firma ein untrennbares Ganzes ist und nicht beliebig geteilt werden kann. Auch die von Staub zur Begründung herangezogene Utilitätsrücksicht auf die Erhaltung bestehender Werte kann als stichhaltig nicht anerkannt werden; denn der Wert der Firma liegt nicht in ihren einzelnen Teilen, sondern in ihrer Gesamtheit und auch nur im Interesse der Erhaltung der Gesamtheit der Firma hat der Gesetzgeber die Ausnahme von dem Prinzip der Firmenwahrheit zugelassen. Derartige Ausnahmebestimmungen sind aber immer streng auszulegen. Scheidet also aus einer Firma „Meister, Lucius und Brüning“ der Gesellschafter Brüning aus und willigt in die Fortführung der Firma und scheidet alsdann Lucius aus unter Versagung der Einwilligung, so darf Meister nicht, wie Staub will, firmieren „Meister und Brüning“ sondern er muß eine Namensfirma gemäß § 18 HGB. wählen (ebenso Lehmann-Ring § 24

Nr. 3; Goldmann § 24 S. 100; Düringer-Hachenburg § 24 II 4; Makower § 24 IIb; Ritter, Vorträge S. 62; Opet in Z. 49, 132). An diesem Resultat kann auch die Zustimmung des Ausscheidenden nichts ändern; denn wie bei § 22 HGB. trifft der gesetzgeberische Grund der Erhaltung alter Firmen im Interesse des Kredits und der Ehre für derartig geänderte Firmen nicht zu (OLG. Rostock in RJA. 4, 158). Auch der aus der Firma Ausgeschlossene muß seine Zustimmung zur Fortführung der Firma erteilen. Bei der Verweigerung der Zustimmung muß er nicht etwa irgendein Interesse nachweisen (Bolze 3 Nr. 235). Erteilt der Ausscheidende seine Einwilligung, so kann die Firma unverändert oder mit einem Nachfolgezusatz fortgeführt werden. Staub will (§ 24 Anm. 4) in allen Fällen des § 24 HGB. die vollen Konsequenzen des § 22 HGB. angewendet wissen, d. h. er verlangt bei Übergang des Firmenrechts nach § 22 HGB. die unveränderte Fortführung der Firma, abgesehen von dem Nachfolgezusatz. Dagegen wendet sich Lehmann-Ring in § 24 Nr. 4. Dieser will die vollen Konsequenzen des § 22 HGB. nur dann angewendet wissen, wenn der Tatbestand des § 24 Abs. 2 HGB. vorliegt, d. h. wenn der Name des Ausscheidenden in der Firma enthalten ist, nicht aber auch dann, wenn es sich um das Ausscheiden von Gesellschaftern handelt, deren Namen in der Firma gar nicht vorkommen. Lehmann-Ring will in letzterem Falle und wohl auch, wenn es sich um den Eintritt von Gesellschaftern handelt, die nachträgliche Veränderung der Firma durch Zusätze gemäß § 18 Abs. 2 HGB. und auch die vollständige Veränderung des Gegenstandes des Handelsbetriebes zulassen. Nimmt man den strengen Standpunkt ein, so wird man diese erstere Ansicht bzw. die nachträgliche Änderung der Firma durch Zusätze nicht billigen können; denn auch der § 24 HGB. involviert die teilweise Übertragung des Firmenrechts und für den Übergang des Firmenrechts gilt als erste Voraussetzung die Unabänderlichkeit der übernommenen Firma. Der Gegenstand des Unternehmens wird unter Einhaltung der Konti-

nuität in den meisten Fällen möglich sein. Merkwürdig bleibt ja immerhin, daß Staub hier den strengen Standpunkt einnimmt und die Unabänderlichkeit der Firma selbst dann verlangt, wenn ein Gesellschafter ausgeschieden ist, dessen Name gar nicht in der Firma enthalten war oder gar, wenn ein weiterer Gesellschafter in ein bereits bestehendes Geschäft eintritt, während er andrerseits, wie oben gesehen, bei dem Austritt eines namensberechtigten Gesellschafters mehr der Billigkeit Rechnung trägt und die Fortführung der Firma unter Ausscheidung des Namens des austretenden Gesellschafters zulassen will. Die ratio legis spricht gegen Lehmann-Ring und für Staub und man wird deshalb mit Rücksicht darauf, daß es sich gegebenenfalls um streng auszulegende Ausnahmebestimmungen handelt, die nachträgliche Firmenänderung auch nicht in der von Lehmann-Ring gedachten Richtung zulassen müssen.

Staub hat dann schließlich noch die Ansicht vertreten, daß z. B. eine Firma „offene Handelsgesellschaft Kreuzer & Co." nicht fortgeführt werden dürfe, wenn sie durch die gemäß § 24 HGB. eintretende Veränderung aufhöre offene Handelsgesellschaft zu sein; denn in diesem Falle widerspreche der Inhalt direkt den tatsächlichen Verhältnissen und könne zu Täuschungen des Publikums Anlaß geben. Dem ist zuzustimmen. Ebensowenig wie ein Einzelkaufmann die erworbene Firma einer Aktiengesellschaft, in der sich der gesetzliche Zusatz „Aktiengesellschaft" vorfindet, unverändert weiterführen darf, kann man das im vorliegenden Fall gestatten. Allerdings wird man dann, wie dort, die Fortführung der alten Firma gestatten müssen, wenn sich aus einem beigefügten Nachfolgezusatz das wahre Verhältnis ergibt. Im großen und ganzen ist übrigens in obigem Falle die Täuschung des Publikums nicht viel größer, als wenn ein Einzelkaufmann die Gesellschaftsfirma „Meier, Michel und Denninger" erwirbt und fortführt. Auch hier wird das Publikum stets an das Vorliegen eines Gesellschaftsverhältnisses oder doch die Haftung mehrerer Personen für die Geschäftsschulden

denken, obgleich in der Tat hinter der Firma nur ein Einzelkaufmann steht. Es wird sich deshalb auch die der obigen entgegengesetzte Ansicht vertreten lassen.

Möglich ist natürlich die vertragliche Abänderung der Bestimmungen des § 24 HGB. So kann insbesondere das Untersagungsrecht des namensberechtigten Gesellschafters eliminiert werden.

§ 36.

Der Etablissementsname.

Während die Firma der Name ist, unter dem der Kaufmann seine Handelsgeschäfte betreibt und seinen Gewerbebetrieb betätigt, bezeichnet der Etablissementsname (die Geschäftsbezeichnung) das gewerbliche Unternehmen selbst ganz ohne Rücksicht auf das persönliche Substrat des Geschäfts. Der Etablissementsname ist also der Name eines Geschäfts oder einer geschäftlichen Betriebsstätte (vgl. Kent WarenZG. Nr. 509; ROHG. 3, 411; RG. 9, 105; RGSt. 23, 349). Die Benutzung derartiger Bezeichnungen war schon unter der Herrschaft des alten Handelsgesetzbuches sehr häufig. Namentlich Wirte, Hoteliers, besonders nicht firmenberechtigte Personen, aber auch wirkliche Kaufleute benutzten derartige Etablissementsnamen, um ihr Unternehmen dem Publikum gegenüber näher zu kennzeichnen. So waren Bezeichnungen, wie z. B. „Zur goldnen Hundertzehn“, „Zum Hirsch“, „Zum schwarzen Bock“, „Zum billigen Jakob“ bereits bei Einführung des neuen Handelsgesetzbuches gang und gäbe und ihre Benutzung nahm in den größeren Städten immer mehr zu. Einig war man sich stets darüber, daß die Etablissementsnamen des absoluten Firmenschutzes des Handelsgesetzbuches nicht teilhaftig seien, eben weil sie keine „Firmen“ im Sinne dieses Gesetzes sind, obwohl derartige Bezeichnungen im Geschäftsverkehr vielfach als Firmen angesehen und sogar hie und da von Kaufleuten als Firmen gebraucht waren, namentlich als Zusätze zu ihrer Firma. Durch Eintragung in das Handelsregister können natürlich derartige

Bezeichnungen auch Bestandteile der Firma werden, insofern sie die Voraussetzungen des § 18 Abs. 2 HGB. erfüllen. Alsdann genießen auch sie, zusammen mit dem Firmencorpus, aber nicht allein den Firmenschutz. Bildete die Bezeichnung jedoch nicht einen derartigen eingetragenen Firmenzusatz, so konnte jeder andere den Namen ebenfalls benutzen, ohne daß gegen ihn vorgegangen werden konnte (RG. 1, 26). Je mehr sich die Benutzung derartiger Bezeichnungen im Geschäftsleben einbürgerte, desto größer wurde das Bedürfnis der Geschäftswelt nach einem Rechtsschutz (vgl. Conradies im Recht 02, 9: Firmenrecht und Etablissementsname. Zusammenstellung der Literatur in KG. Johow 10, 16). Diesen Schutz brachte das Gesetz betr. den unlauteren Wettbewerb in seinem § 8, jetzt § 16, welcher bestimmt, daß der Mißbrauch nicht nur von Namen und Firmen, sondern auch der von besonderen Bezeichnungen eines Erwerbsgeschäftes, also von Etablissementsnamen zu Täuschungszwecken verboten ist. Die Motive zu diesem Gesetze (vgl. Löbe III Materialien S. 29) betrachten es als einen Verstoß gegen die geschäftliche Ehrlichkeit, wenn ein Phantasienamen, nachdem er sich bei dem Publikum ein gewisses Ansehen erworben hat, sei es in unveränderter Gestalt, sei es mit geringen, im Verkehr schwer erkennbaren Abweichungen, von anderen Gewerbetreibenden zu dem Zwecke verwertet wird, um Verwechslungen hervorzurufen. Hierher gehören auch Fälle, daß die frei gewählten Bezeichnungen, welche von Hotels, Gartenwirtschaften, Verkehrsanstalten usw. neben Namen oder Firma geführt werden, von der unlauteren Konkurrenz zum Schaden der Inhaber ausgebeutet werden. Der dagegen vom Entwurf beabsichtigte Schutz ist selbstverständlich in allen Fällen, die der Ausdruck „die besondere Bezeichnung eines Erwerbsgeschäfts“ umfaßt, dadurch bedingt, daß die Bezeichnung einen eigentümlichen und unterscheidenden Charakter hat. Allgemein übliche Bezeichnungen, wie z. B. „Kleiderbazar“, „Zur guten Quelle“ können nicht zugunsten eines einzelnen, selbst wenn derselbe an einem bestimmten Orte

sich zuerst dieser Bezeichnung bedient haben sollte, monopolisiert werden. In dieser Beziehung die Grenze des Zulässigen festzustellen, muß der Entscheidung des einzelnen Falles vorbehalten bleiben. Der Schutz des § 6 UnlWG. beschränkt sich auf einen im zivilprozessualen Verfahren geltend zu machenden Anspruch auf „Schadensersatz und Unterlassung fernerer Eingriffe". Durch diese gesetzliche Bestimmungen haben also auch die Bezeichnungen eines Geschäftsbetriebes, die in einem Phantasienamen, in einem frei erfundenen Schlagwort bestehen, mit einem Wort die Etablissementsnamen einen ähnlichen Schutz erhalten wie die Firmen, auch wenn sie nicht eingetragene Bestandteile der Firma im Sinne des § 18 Abs. 2 HGB. sind. Eine Definition des vom Gesetze gebrauchten Begriffs „besondere Bezeichnung eines Erwerbsgeschäftes" ist in den Erläuterungen zu § 13 des Entwurfes der Novelle enthalten: „Es sind darunter, wie in den Motiven des Gesetzes näher erläutert ist, frei erfundene Phantasienamen und Schlagworte zu verstehen, wie sie von Verkaufsgeschäften, Hotels, Gastwirten neben Namen und Firma geführt werden, um die Aufmerksamkeit des Publikums anzuregen und die Unterscheidung des Unternehmens von gleichartigen Unternehmungen in wirksamer Form herbeizuführen". Diese Bezeichnungen sollen also nur dann einen gesetzlichen Schutz genießen, wenn sie etwas Charakteristisches, Spezifisches an sich haben, was für die Abnehmerkreise eine unterscheidende Kraft besitzt. Hierzu kann unter Umständen auch die Telegrammadresse einer Firma gerechnet werden; denn auch sie kann bestimmt und geeignet sein, die Aufmerksamkeit des Publikums auf sich zu ziehen, auch wenn sie keinen Phantasienamen oder keine Schlagworte darstellt, dafür aber distinktiven Charakter hat (vgl. Wertheimer in GewRsch. 07 S. 353). Überhaupt ist der Begriff im Interesse der Redlichkeit des Verkehrs möglichst weit zu fassen (Fuld § 16 V). Ob eine Bezeichnung eine „besondere" im Sinne des Gesetzes ist muß der richterlichen Feststellung im Einzelfalle überlassen

werden. Die Rechtsprechung hat z. B. folgende Bezeichnungen als „besondere“ anerkannt: „Stettiner Sänger“ (JW. 99, 12, Nr. 37), „Deutscher Sport“ (UnlWG. 2, 83), „Zentralheizungsanstalt“ (Recht 05, 170 Nr. 796), „Schiller-Theater“ (Recht 06, 1208 Nr. 947). Neuheit der Bezeichnung ist keineswegs als notwendige Voraussetzung des Schutzes erforderlich, auch längst bekannte Bezeichnungen können unter Umständen zu „besonderen“ werden, wenn sie nur im Einzelfalle distinktiven Charakter haben (RG. vom 25. Juni 1898; Birkenbiehl S. 121 Nr. 293; RG. in JW. 99 S. 12 Nr. 37), während andrerseits natürlich Gattungsbezeichnungen wie „Hotel“, „Café“, „Restaurant“ u. a. als solche, ohne daß ein besonderer, distinktiver Zusatz hinzutritt wie z. B. „Carlton Hotel“, „Café Splendide“, nicht als „besondere“ Bezeichnungen anerkannt werden können (JW. 06, 397; Fuld V, 3). Die Judikatur hat in folgenden Bezeichnungen nur allgemeine, nicht geschützte Bezeichnungen eines geschäftlichen Unternehmens die zum Gemeingut geworden sind, erblickt: „Patentbüro“ (RG. im Recht 05 S. 84 Nr. 356; RG. 60; 81); „Kurhaus“ (RG. im Recht 06 S. 628 Nr. 1546; vgl. auch die Aufzählung zahlreicher Fälle bei Fuld § 16 V S. 395 sub 4; bei Finger, UnlWG. § 16 S. 285 Note 54 d).

Das Wettbewerbsgesetz hat also auch an diesen immateriellen Gütern ein eigenes absolutes Recht geschaffen (vgl. Gierke, D. P. R. S. 745; Löbe S. 292), ein dingliches ausschließliches Recht des berechtigten Inhabers auf alleinige Benutzung und folgeweise ein Recht auf Abwehr störender Eingriffe Dritter in das Benutzungsrecht. Dies ist in Doktrin und Judikatur durchweg anerkannt (vgl. Finger S. 279; Fuld § 16 V, 8; Kohler, UnlWG. 3, 107 a; Osterrieth, Lehrbuch 397; RG. in Seuff.-Arch. 59, 10; im UnlWG. 2, 83; JW. 28, 176); das Bestehen eines Alleinrechts bestreitet Pinner 111 und ein absolutes Recht verneint Brandis 38, der nur ein beschränktes Nutzungsrecht anerkennt. Es sei ein gewerbliches Schutzrecht, welches eine gewisse Ähnlichkeit mit dem Warenzeichenrecht hat. Es existiere nur in Verbindung mit dem Geschäftsbetrieb, den es zu bezeichnen und zu unterscheiden bestimmt ist,

und könne ohne diese nicht veräußert werden (vgl. Löbe S. 292; Fuld § 16 V 8; Finger S. 279; Pinner S. 112). Andrer Meinung ist Staub (§ 17 A 2a S. 114), welcher unter Bezugnahme auf RG. bei Bolze 2 Nr. 989 und 3 Nr. 232 mit Allfeld S. 115 annimmt, daß bei Veräußerung des Geschäfts allerdings der Etablissementsname mit übertragen werden könne, daß aber der Erwerber kein absolutes Recht erwerbe, sondern die Veräußerung dem Veräußerer nur die Verpflichtung auferlege, sich der Etablissementsbezeichnung zu enthalten. Staub vertritt auch den Standpunkt, daß der Etablissementsname ohne das Geschäft verkauft werden könne. Derselben Ansicht ist Ritter S. 31: die Geschäftsbezeichnung kann auch mit oder ohne Geschäft veräußert werden, d. h. der Veräußerer kann gegenüber dem Erwerber auf den Schutz des § 16 UnlWG. verzichten. Diese Ansicht ist mit Rücksicht auf die Tatsache, daß das Wettbewerbsgesetz das Recht auf die besondere Bezeichnung anerkannt hat, nicht zu billigen. Die von Staub zitierten Reichsgerichtsentscheidungen sind denn auch vor Erlaß des Wettbewerbsgesetzes ergangen. Mit dem Erlöschen des Geschäftsbetriebes, zu dem es gehört, erlischt auch das Recht an der besonderen Bezeichnung. So hat das Oberlandesgericht Frankfurt (Recht 07 S. 1274 Nr. 321; Kaufmann VIII S. 533 Nr. 10) in einem Falle entschieden: „Das Recht, einem anderen die Benutzung der besonderen Bezeichnung eines Erwerbsgeschäfts zu untersagen, steht demjenigen zu, der seinen Geschäftsbetrieb, für den er die Bezeichnung seither benutzt hatte, nicht nur vorübergehend eingestellt, sondern durch Verkauf und Abbruch des Hauses, an dessen Stelle ein ganz anderen Zwecken dienender Neubau errichtet wurde, und durch Veräußerung des Geschäftsinventars endgültig aufgegeben hat; der bloße Wille, das Unternehmen später wieder aufzunehmen, ist nicht geeignet, das Geschäft als fortbestehend betrachten zu können". Es werden also hier ähnliche Regeln wie beim Erlöschen des Firmenrechts durch Einstellen des Betriebes und Nichtgebrauch der Firma Platz zu greifen haben.

Wie dieses Recht erworben wird, ist im Gesetze nicht gesagt. Während der bürgerliche Name durch Eintritt in die Familie kraft Gesetzes durch Geburt, Legitimation, Ehelichkeitserklärung, Annahme an Kindesstatt, Verheiratung oder durch Verleihung (§ 1706 BGB.) erworben wird, das Recht an der Firma in den meisten Fällen (§§ 2, 3 HGB.) durch Eintragung in das Handelsregister, das Recht an dem Warenzeichen durch Eintragung in die Zeichenrolle des Patentamtes entsteht und während das Recht an der Ausstattung (§ 15 WarenZG.) oder das auf das Geschäftsabzeichen im Sinne des § 16 Abs. 3 UnlWG. außer an den Besitzerwerb an die Anerkennung der beteiligten Verkehrskreise geknüpft ist, wird das Recht an der besonderen Bezeichnung lediglich durch die Priorität des Gebrauchs, durch die Beilegung in der Absicht, damit eine dauernde Bezeichnung und Verbindung mit dem Erwerbsgeschäft herbeizuführen, erworben. Die tatsächliche Anwendung der Bezeichnung genügt also zum Erwerb des Rechts und es kann der erstmalige Gebrauch der Bezeichnung zum Rechtserwerb hinreichen (Löbe S. 292 ff.; Pinner S. 111; JW. 1900 S. 76 Nr. 14; RG. im Recht 5, 182; JW. 29, 76; 30, 64; Kaufmann 1 S. 128e; Fuld § 16 V 7; Finger S. 280 Anm. 53c). Es kommt also nicht darauf an, daß die Bezeichnung längere Zeit geführt und innerhalb der beteiligten Verkehrskreise als Kennzeichen eines bestimmten gewerblichen Unternehmens anerkannt wird, sondern darauf, daß der Inhaber des betreffenden Geschäfts die Bezeichnung zuerst befugtermaßen benutzt hat. Es entscheidet, wie Pinner S. 111, 2 Nr. 1 sagt „die publike Priorität". Voraussetzung ist natürlich, daß der Gebrauch im Gewerbebetrieb erfolgt und daß sich die Bezeichnung auch tatsächlich auf das Geschäft, nicht etwa nur auf das Gebäude, in dem sich das Geschäft befindet, bezieht (Löbe S. 292; RG. vom 21. Dezember 1900 im Recht 01 S. 182; JW. 01 S. 64 Nr. 16; Birkenbiehl S. 121b). Es ist nicht selten der Fall, daß das Publikum einem Unternehmen eine bestimmte Bezeichnung beilegt, die häufig in einer Abkürzung des Namens oder in

der Vereinigung eines epitheton ornans mit dem Vor- oder Familiennamen besteht. In solchen Fällen erwirbt der Inhaber des Unternehmens das Recht an dieser Bezeichnung erst dann, wenn er selbst den Namen aufnimmt und benutzt (vgl. Fuld in GewRsch. 98, 204; Löbe S. 292 ff.).

Das Recht geht verloren durch definitive Aufgabe des dazu gehörigen Geschäftsbetriebes, durch dauernde, nicht zeitweilige Aufgabe des Gebrauchs der Bezeichnung durch den berechtigten Geschäftsinhaber und dadurch, daß die Bezeichnung zu einem im Allgemeingebrauch stehenden Freizeichen wird.